

Tjenester av allmenn økonomisk betydning

Grensen mellom medlemsstatenes skjønnsmargin og
Felleskapets interesser

Kandidatnummer: 337

Veileder: Gjermund Mathisen

Leveringsfrist: 25. November 2006

Til sammen 17916 ord

07.06.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstilling og bakgrunn	1
1.2	Aktualitet	4
1.3	Rettskilder og Metode	5
1.4	Avgrensning og den videre fremstilling	7
<u>2</u>	<u>BESTEMMELSENS SAMMENHENG OG VILKÅR</u>	<u>9</u>
<u>3</u>	<u>KOMPENSASJON ELLER STATSSTØTTE</u>	<u>11</u>
<u>4</u>	<u>TJENESTER AV ALLMENN ØKONOMISK BETYDNING</u>	<u>12</u>
4.1	Skillet mellom tjenester av allmenn økonomisk betydning og tjenester av allmenn betydning.	15
4.2	Spesielle karakteristikk	16
4.2.1	Tilgjengelighet	17
4.2.2	Likebehandling	19
4.2.3	Pris	20
4.2.4	Kvalitet	21
4.2.5	Plikt	22
4.2.6	Behov	23
4.2.7	Sosial karakter	24
4.3	Felles konsept av tjenester av allmenn økonomisk betydning?	27
<u>5</u>	<u>MEDLEMSSTATENS SKJØNNMARGIN</u>	<u>28</u>

5.1	Utgangspunktet	28
5.2	Hva refererer skjønnet seg til?	29
5.2.1	Formål	30
5.2.2	Organisering	35
5.2.3	Innhold	36
5.2.4	Finansiering	38
5.2.5	Kontroll	39
5.3	Tjenesten må være klart definert	40
<u>6</u>	<u>FORHOLDET MELLOM MEDLEMSSTATENS SKJØNN OG DE ØVRIGE</u>	
	<u>VILKÅRENE I REGELEN I EØS ART. 59(2)</u>	<u>40</u>
6.1	Proporsjonalitetsprinsippet	40
6.1.1	Egnethet	42
6.1.2	Nødvendighet	43
6.1.3	Forholdsmessighet i snever forstand	44
6.1.4	Forholdet mellom medlemsstatens skjønn og proporsjonalitetsprinsippet	45
6.1.5	Gjør proporsjonalitetsvurderingen skjønnsmarginen illusorisk?	49
6.2	Påvirkning på utviklingen av samhandelen	50
<u>7</u>	<u>UTVIKLING OG AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	<u>54</u>
<u>8</u>	<u>OPPSUMMERING</u>	<u>57</u>
<u>9</u>	<u>KILDER</u>	<u>58</u>

1 Innledning

1.1 Problemstilling og bakgrunn

Problemstillingen som behandles i denne fremstillingen er grensen mellom medlemsstatenes skjønn til å definere tjenester av allmenn økonomisk betydning etter regelen i EØS-avtalen¹ art. 59(2)/ EF-traktaten² art. 86(2) og Fellesskapets interesser³ i at traktatbestemmelsene blir overholdt.

Frem til midten av 1980-tallet var den økonomiske integrasjonene i EF preget av negativ integrasjon, som vil si fjerning av direkte handelshindringer som toll og kvoter.

Etableringen av det indre marked gjennom Enhetsakten av 1987 satte i gang en prosess med sikte på ett stort hjemmemarked for alle medlemslandene. Enhetsakten gikk ut på å vedta lovgivning på forskjellige områder for å fjerne skjulte handelshindringer. Slik skulle et indre marked med fri flyt av varer, tjenester, arbeid og kapital, oppnås innen 1992.⁴

EØS-avtalen innebar at EFTA-statene ble gjort til en del av EUs indre marked med fri flyt av de fire friheter og felles konkurranseregler. De fire friheter kommer til uttrykk i EF art. 3 nr. 1 litra c og EØS art. 1 nr. 2. Et indre marked kjennetegnes ved at det rettslig sett er likegyldig hvor i markedet eksempelvis en vare skriver seg fra. For å oppnå et indre

¹ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS-avtalen), undertegnet 2. mai 1994, i kraft fra 1. januar 1994.

² EF-traktaten av 25. mars 1957.

³ Med "Fellesskapets interesser" mener jeg det europeiske Fellesskaps interesser. I en EØS-kontekst vil det være tale om EØS-interesser. Jeg vil imidlertid benytte begrepet "Fellesskapets interesser" i den videre fremstilling selv om jeg tar utgangspunkt i EØS art. 59(2). Bakgrunnen er at EØS-bestemmelsene skal tolkes på bakgrunn av EF-traktatens tilsvarende bestemmelser og at det ved anvendelsen av EF-traktaten vil være Fellesskapets interesser som er det sentrale. EØS-avtalen er en avtale mellom medlemsstatene i EU og Norge, Island og Lichtenstein, slik vil også Fellesskapets interesser være en sentral del av en såkalt EØS-interesse.

⁴ Jf. Tranøy og Østerud (2002) s.87, Sejersted m.fl (2003) s 27.

marked med fri flyt av varer, tjenester, arbeidskraft og kapital er det nødvendig at alle tilbydere konkurrerer på like vilkår. Konkurransereglene i EF og EØS krever derfor fri konkurranse og sørger for like konkurransevilkår på tvers av landegrensene. Nasjonale bedrifter skal ikke ha noen fordel i forhold til utenlandske bedrifter og staten kan derfor i utgangspunktet ikke gi eksklusive rettigheter eller særlige fordeler til et enkelt foretak. Men samtidig bygger EF-traktaten og rettspraksis i henhold til denne, på en aksept av at medlemsstatene kan ha legitime grunner for å nekte adgang til "sitt marked" eller for å gi konkurransemessige fordeler til egne foretak. Det er en av disse legitime grunnene som problematiseres i denne oppgaven.

Konkurranse er ønskelig fordi det skaper et effektivt marked. Effektivitet oppnås når det produseres og tilbys et riktig antall varer og tjenester i forholdt til etterspørselen. Det vil da oppnås allokeringseffektivitet, som vil si en optimal utnyttelse av ressursene eller en optimal deling av markedets ressurser.⁵

Følgene og fordelene med konkurranse er lavere priser, bedre produkter, større valgfrihet og større effektivitet.⁶ Ved fri konkurranse i et marked vil en produsent og tilbyder av en vare eller tjeneste hele tiden søke å oppnå den beste vare til rimeligste pris. Dette vil være nødvendig for å få solgt varen/tjenesten til konsumentene, ettersom det ved fri konkurranse vil være stor konkurranse mellom tilbyderne på det relevante marked. Produsentene vil hele tiden søke å forbedre sine produkter og effektivisere produksjon slik at prisene kan settes ned. Konkurranse er således en kamp om overlegenhet.⁷

Konkurransereglene begrenser handlingsrommet til stater og private aktører. For private aktører setter reglene blant annet begrensninger i forhold til avtaler og samordnet opptreden mellom foretak, jf. EØS art. 53 og EF art. 81, samt regler for foretakssammenslutninger og fusjoner i EØS art. 57 og forbud mot utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling i EF art. 82 og EØS art. 54.

⁵ Se Richard Wish (2003) s. 2-3.

⁶ I.c.

⁷ I.c.

Statens myndighetsutøvelse begrenses av statsstøttoreglene. Statsstøttoreglene retter seg mot støtte gitt av medlemsstatene til foretak som setter disse foretakene i en gunstig konkurranseposisjon på markedet, jf. EØS art. 61 til 64 og EF art. 87 til 89. EØS art. 61 fastslår at støtte gitt av medlemsstater som ”vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer” er uforenlig med EØS-avtalens funksjon i den utstrekning støtten ”påvirker samhandelen mellom avtalepartene”. Statsstøttoreglene er et virkemiddel, på lik linje med konkurransereglene, for at konkurransen ivaretas innenfor Fellesskapet og EØS og at det indre marked kan realiseres.

Det finnes imidlertid unntak fra konkurranse- og statsstøttoreglene. EØS art. 61nr. 2 og 3 fastsetter unntak som er eller kan anses forenlig med avtalens funksjon. Dette er typisk støtte av sosial karakter, støtte ved naturkatastrofer eller støtte for å rette opp i en økonomisk situasjon eller utvikling. Et annet unntak følger av EØS art. 49 / EF art. 73 og gjelder regler om transport.

Samtidig gir EF art. 86(2) / EØS art. 59(2) også et unntak fra konkurransereglene, statsstøttoreglene og de fire friheter. Bestemmelsen gir i visse situasjoner staten adgang til å gi støtte til foretak for å utføre ”tjenester av allmenn økonomisk betydning”. Hvorvidt en tjeneste er av ”allmenn økonomisk betydning” har dermed sentral betydning for vedkommende medlemsstat ettersom tjenestene er begrunnet i hensyn og formål som staten vil realisere. Dersom staten feilaktig har karakterisert tjenesten som av allmenn økonomisk betydning vil støtten ikke gå klar av statsstøttoreglene, og vil anses konkurransevridd og i strid med EØS-avtalen/EF-traktaten.

Motiv for å gi statsstøtte er typisk for å oppnå politiske mål og sikre at visse behov i befolkningen blir dekket. Det er staten selv som fastsetter politiske mål og hensyn som staten ønsker å fremme. Norge fører eksempelvis en distriktpolitikk der formålet er at flere folk skal bosette seg i utkantområdene. Tiltak må da settes i verk for at dette formålet skal oppnås. For eksempel er posttjenester i Norge en tjeneste som tilbys til alle, til lik pris. Det koster forbrukeren like mye å sende et brev fra Hammerfest til Oslo, som fra Oslo til Hønefoss. Men det sier seg selv at det faktisk koster mye mer å frakte et brev fra

Hammerfest til Oslo, enn fra Oslo til Hønefoss. Staten har imidlertid bestemt at det skal være uten betydning hvor i landet man bor for hvor mye det skal koste å sende et brev. Det skal ikke være mer fordelaktig for befolkningen i byene i forhold til de som bor i utkantstrøk. Dette er et viktig prinsipp i norsk politikk. Mange tiltak er iverksatt for å oppnå dette formålet, eksempelvis nedbetaling av studielån, støtte til bedrifter, høyere kontantstøtte m.v.⁸ For at det skal være mulig å ha like priser på posttjenester, uavhengig av bosted, er det nødvendig med støtte fra staten.

Posttjenester er en tjeneste av allmenn økonomisk betydning. Men spørsmålet er hva som gjør posttjenester til tjenester av allmenn økonomisk betydning. Denne fremstillingens første problem er således hva som avgjør om en tjeneste kvalifiserer til å være av allmenn økonomisk betydning. Finnes det noen karakteristikker ved disse tjenester som skiller tjenestene fra andre økonomiske tjenester?

Det følger av fast rettspraksis at medlemsstaten har en viss skjønnsmargin til å bestemme om en tjeneste er av allmenn økonomisk betydning. Det er imidlertid ikke klart hva medlemsstatenes skjønn nærmere bestemt referer seg til. Dette blir oppgavens andre problemstilling. Videre setter Fellesskapets interesser begrensninger for dette skjønnnet. Denne fremstillingens hovedproblemstilling er nettopp grensen mellom medlemsstatens skjønn og Fellesskapets interesser i forhold til anvendelsen av EF art. 86(2) / EØS art. 59(2). Herunder vurderes forholdet mellom dette skjønnnet og de øvrige vilkårene i bestemmelsen.

1.2 Aktualitet

Tjenester av allmenn økonomisk betydning er i dag et aktuelt tema innenfor både EF-retten og EØS-retten. EF-domstolen, Førsteinstansretten og EFTA-domstolen har siden begynnelsen av 1990-årene gjentatte ganger behandlet tvister som gjelder EF art. 86 (2)/ EØS art. 59(2). Domstolspraksis er imidlertid noe utydelig, og det diskuteres i dag om det er et behov for en klargjøring av reglene.

⁸ Om tiltakssonen i nord se St.mld. nr. 8 (2003-2004), St.prp. nr. 64 (1989-90) og St.mld. nr. 32 (1989-90).

Problemstillingen har sin umiddelbare aktualitet i den nylig avsatte dommen fra EFTA-domstolen i sak E-9/04 *Husbanden II*, som gjaldt EØS art. 59(2). Saken illustrer de sentrale problemstillingene, men gir ingen klar løsning.

Etter utvidelsen av EU, mener mange det er behov for ytterligere reguleringer og større makt til Fellesskapet. Dette står i motsetning til medlemsstatenes interesse i å beskytte sin suverenitet. Grensen mellom medlemsstatenes skjønn til å definere en tjeneste av allmenn økonomisk betydning og Fellesskapets interesser er derfor en interessant problemstilling.

1.3 Rettskilder og Metode

Det må i anvendelse av EF-traktaten og EØS-avtalen anvendes et EF-/EØS-rettslig rettskildeperspektiv/metodeperspektiv. Begrunnelsen for dette er at bestemmelsene skal tolkes og anvendes likt i alle medlemslandene. I de forskjellige medlemsland er det ulike tradisjoner og praksis med henhold til metode og tolkning. Hensynet til harmonisering tilsier at én metode må benyttes slik at bestemmelsene anvendes og tolkes likt i hele Fellesskapet. EØS-reglene skal anvendes og tolkes på bakgrunn av EF-traktatens tilsvarende bestemmelser, jf. EØS art. 6 og ODA⁹ art. 3 nr. 2.¹⁰ En lik anvendelse skaper større rettssikkerhet og forutberegnelighet.

Rettskildenes relevans og vekt i EF-/EØS-metode skiller seg noe fra de samme rettskilders relevans og vekt i et norsk metodeperspektiv. De forskjellige rettskilder og deres relevans og vekt vil bli vurdert etter hvert som rettskildene anvendes og tolkes. Jeg vil nedenfor kort redegjøre for de viktigste tolkningsfaktorer i EF-retten og deres generelle vekt.

Utgangspunktet ved traktattolkning er traktatens tekst, traktatens formål og de forskjellige bestemmelsers sammenheng med de øvrige bestemmelser i traktaten. Særlig viktig i fortolkningen av EF-retten er at domstolene benytter seg av en formålsrettet fortolkning. Følgelig er fortalen et tolkningsinstrument som spiller en vesentlig rolle i tolkningen.

⁹ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA) av 2. mai 1992.

¹⁰ Se EØS art. 1 og avtalens fortale avsnitt 16.

Da ordlyden ofte er vag spiller EF-domstolens rettspraksis en sentral rolle i tolkningen av EF-retten.¹¹ Domstolen skaper uskrevne regler og prinsipper og utfyller traktaten og sekundærlovgivning gitt i medhold av traktaten. EF art. 220 sier at EF-domstolen skal sikre at "lov og rett" respekteres når traktaten blir fortolket og anvendt. EF-domstolen skal fylle de hullene lovgivningen etterlater. EF-traktaten og dens særlovgivning er skrevet på bakgrunn av EF-rettens dynamiske karakter. Det er dermed et sentralt prinsipp at traktaten skal utvikles i takt med tiden og dette er først og fremst EF-domstolens oppgave. EFTA-domstolen søker på sin side å speile EF-domstolens praksis i tilknytning til de motsvarende reglene i fellesskapsretten.¹²

Forarbeider spiller mindre rolle enn de gjør i norsk metode.¹³ Til de opprinnelige traktatene er det begrenset med forarbeider tilgjengelig ettersom traktatene ble til gjennom forhandlinger. Til senere sekundærlovgivning finnes det imidlertid en del forarbeider i form av forslag fra Kommisjonen, uttalelser fra Europaparlamentet osv. Disse kan gi hjelp til å forstå hva lovgiver har ment med den aktuelle bestemmelse.

Green Papers (grønnbøker) er publikasjoner utgitt av Kommisjonen på ulike politikkområder. Det er et slags forum som er ment å skulle føre til debatt for alle interesserte. Etter dette følger ofte et White Paper (en hvitbok), som er en utredning og kan sammenliknes med lovforslag fra Kommisjonen. Hvitboken kan være en kilde i tolkning av EF-retten der hvor det ikke finnes sekundærlovgivning eller klar rettspraksis.

Kommisjonens utredning i grønnboken går mer utførlig inn i drøftelsen og gir mer bakgrunnsstoff for forståelsen av hvitboken.

Forvaltningspraksis har betydning for å forstå hvordan Kommisjonen faktisk anvender vagt utformede hjemler. Særlig i konkurranse- og statsstøttesaker har forvaltningspraksis stor

¹¹ Se Sejersted m.fl. (2003) s. 52 og 214.

¹² *ibid.* s. 216.

¹³ *ibid.* s. 54.

betydning ettersom det ofte er tekniske og økonomiske spørsmål som Kommisjonens ekspertise er nærmest til å vurdere.¹⁴

Juridisk teori blir sjelden referert til i domstolene, så det kan virke som juridisk teori har liten vekt. Den faktiske betydningen er større ettersom Generaladvokatene ofte i sine innstillinger henviser til teorien, og slik vil dette ha betydning i den gjeldende avgjørelsen. Generaladvokatens funksjon er å gjøre det juridiske grunnarbeidet og skrive en begrunnet innstilling til EF-domstolen. Dette er et slags rådgivende domsutkast. Den rettskildemessige vekten varier, det hender domstolene henviser til generaladvokatens innstillinger. Utkastet er offentlig og er en viktig kilde til å forstå EF-retten ettersom de endelige avgjørelsene ofte er kortfattede og uten en inngående begrunnelse.

Reelle hensyn finnes formelt ikke i EF-retten. Isteden anvendes alminnelige rettsgrunnsetninger. Dette er viktige hensyn og prinsipper som domstolene gir betydelig vekt. Eksempler på sentrale prinsipper er integrasjonshensynet, rettssikkerhetshensynet, legalitetsprinsippet, subsidiaritetsprinsippet, ikke-diskrimineringsprinsippet og proporsjonalitetsprinsippet.

1.4 Avgrensning og den videre fremstilling

EØS art. 59(2) lyder:

”Foretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av almen økonomisk betydning, eller som har karakter av et fiskalt monopol, skal være undergitt reglene i denne avtale, fremfor alt konkurransereglene, i den utstrekning anvendelsen av disse regler ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem. Utviklingen av samhandelen må ikke påvirkes i et omfang som strider mot avtalepartenes interesser.”

¹⁴ ibid. s. 55.

Denne fremstillingen gjelder ”tjenester av almen økonomisk betydning”, både i EF-rettslig og EØS-rettslig forstand. Tolkningen vil foretas på bakgrunn av EF-retten og begreper som ”felleskapets interesser” og ”medlemsstatene” vil gjennomgående bli anvendt, istedenfor ”avtalepartenes interesser” og ”avtalepartene”. Jeg vil imidlertid ta utgangspunkt i EØS art. 59(2) ved henvisning til regelen ettersom Norge er medlem av EØS, og ikke EU.

Det avgrenses mot foretak som har ”karakter av fiskalt monopol”. Tjenester av allmenn økonomisk betydning er av en mer praktisk og aktuell interesse. Det vil ikke bli gitt en full gjennomgang av vilkårene i EØS art. 59(2). Foretakskriteriet og vilkåret om at foretaket må være ”tillagt” tjenesten av allmenn økonomisk betydning, vil ikke bli behandlet ettersom de ikke er av interesse for problemstillingene i denne fremstillingen. Jeg forutsetter at disse vilkårene er oppfylt.

Fremstillingen tar videre utgangspunkt i bestemmelsens anvendelse i forhold til statsstøttereglene ettersom tjenester av allmenn økonomisk betydning er spesielt interessant i forhold til om staten i visse tilfeller kan gi statsstøtte. Bestemmelsen gjelder for øvrig også konkurransereglene og de fire friheter og det meste av fremstillingen vil også ha betydning for disse reglene.

Jeg gir først en nærmere presentasjon av bestemmelsens sammenheng og de forskjellige vilkår etter annet ledd i punkt 2. Deretter behandles kort forutsetningen om at det må foreligge statsstøtte i punkt 3. Punkt 4 gjelder vilkåret om tjenester av allmenn økonomisk betydning og som punkt 5 behandles medlemsstatenes skjønnsmargin. Selv om dette skjønnnet egentlig er en del av vurderingen av vilkåret om tjenester av allmenn økonomisk betydning, vil jeg behandle dette som et eget punkt ettersom det er en så sentral del av fremstillingen. I punkt 6 redegjøres det for forholdet mellom medlemsstatens skjønnsmargin og de øvrige vilkårene i EØS art. 59(2) og til slutt foretas en analyse av utviklingen på det gjeldende området og en de lege ferenda drøftelse i punkt 7.

2 Bestemmelsens sammenheng og vilkår

EØS art. 59/EF art. 86 ble tatt inn i traktaten for å imøtegå statens eller offentlige myndigheters mulighet til å øve innflytelse på de offentlige virksomheters beslutninger av kommersiell karakter, idet medlemsstatene kan føre seg foranlediget til å misbruke offentlige virksomheter til å overtre fellesskapsreglene.¹⁵

EØS art. 59 første ledd gir et generelt forbud adressert til medlemsstatene.

EØS art. 59(1) lyder:

”Når det gjelder offentlige foretak, eller foretak som EFs medlemsstater eller EFTA-statene gir særlige eller eksklusive rettigheter, skal avtalepartene avholde seg fra å treffe eller opprettholde tiltak som strider mot reglene i denne avtale, særlig reglene i artikkel 4 og i artikkel 53 til 63.”

Foretak kan således ikke forskjellsbehandles på grunnlag av nasjonalitet, jf. EØS art. 4 og EF art. 12. Dette er et viktig prinsipp i EF/EØS-retten. EØS art. 53 til 63 omhandler konkurransereglene, som innbefatter statsstøttereglene. Konkurransereglene i EF finnes i artikkel 81 til 89. Første ledd forutsetter nødvendigvis at medlemsstatene kan tillegge visse virksomheter enerettigheter og dermed tildele monopol.¹⁶ EØS art. 59(1) søker å forhindre at medlemsstatene utnytter sine forbindelser med disse foretakene for å omgå forbudene i traktatens øvrige bestemmelser.¹⁷

EØS art. 59(2) gir en begrenset unntaksrett for visse foretak fra anvendelsen av statsstøttereglene, konkurransereglene og de fire friheter. Bestemmelsen representerer et kompromiss mellom på den ene siden medlemsstatenes interesser i å opprettholde foretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning og på den

¹⁵ Jf. EU Karnov (2003), bind 1, s. 1056.

¹⁶ Jf. sak C-157/94, premiss 27, C-158/94, premiss 38, C-159/94, premiss 44.

¹⁷ Jf. C-159/94 premiss 30.

annen side den effektive gjennomføringen av EØS-avtalen, særlig de fire friheter, statsstøttereglene og konkurransereglene.

Formålet med annet ledd er å forsone medlemsstatenes interesse i å anvende visse, særlig offentlige, virksomheter som økonomiske eller skattepolitiske instrumenter med Fellesskapets interesse i at konkurransereglene overholdes og fellesmarkedets enhet bevares. Det følger av en rekke avgjørelser fra EF-domstolen.¹⁸ Annet ledd sikrer at visse tjenester av allmenn økonomisk betydning skal kunne ytes med hjelp av støtte fra staten, uten at det skal bli karakterisert som konkurransevidene statsstøtte etter statsstøttereglene i EF og EØS eller som stridende mot de fire friheter.

Som regel vil et marked selv sørge for en optimal allokering/deling av de ressurser det er behov for i samfunnet, og alle vil ha tilgang til varer og tjenester. Noen tjenester av allmenn interesse er imidlertid ikke tilfredsstillende dekket av markedet alene fordi markedsprisen er for høy for konsumenter med lav inntekt eller fordi kostnadene av å tilby disse tjenestene ikke er dekket av markedsprisen.

Tjenester av allmenn økonomisk betydning kan eksempelvis være transporttjenester, telekommunikasjon, posttjenester, utdanning og energi. Dette er typiske tjenester av allmenn økonomisk betydning som det i en velferdsstat er viktig at alle har tilgang til. Det er et behov for disse tjenestene. Når markedsprisen på slike tjenester er for høy for forbrukere med lav inntekt eller kostnadene ved å tilby disse tjenestene ikke er dekket av markedsprisen, har staten et ansvar å sørge for at slike grunnbehov tilfredstilles og at tjenester av allmenn betydning blir tilbudt alle, på like vilkår.

EØS art. 59(2) inneholder fem kumulative vilkår. Disse vilkårene fremkommer av ordlyden. Rettspraksis fra EF-domstolen, Førsteinstansdomstolen og EFTA-domstolen er imidlertid utydelig med henhold til hvor mange vilkår bestemmelsen omfatter og hvilke vurderingsmomenter som inngår i de forskjellige vilkårene.

Det første vilkåret er foretakskriteriet. Tjenesten av allmenn økonomisk betydning må være tillagt et "foretak".¹⁹ For det annet må dette foretaket være "tillagt" tjenesten.²⁰ Disse

¹⁸ Jf. sak C-202/88, premiss 12, C-157/94, premiss 39, C-159/94, premiss 55, C-67/96 *Albany*, premiss 103.

¹⁹ Om foretaksbegrepet se Sejersted m.fl (2003) s. 485-499.

vilkårene vil ikke behandles. Jeg forutsetter i den videre drøftelse av de øvrige vilkår at disse to vilkårene er oppfylt.

Regelens tredje vilkår er at foretak må være tillagt oppgaven å utføre ”tjenester av almen økonomisk betydning”. Deretter følger vilkåret om at anvendelsen av traktatens regler ”rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem”. Det siste vilkåret som må være oppfylt er at ”[u]tviklingen av samhandelen” ikke må ”påvirkes i et omfang som strider mot avtalepartenes interesser”. Disse tre vilkårene er sentrale i denne fremstillingen og vil bli behandlet nedenfor.

Dersom vilkårene i EØS art. 59(2) er oppfylt, kommer unntaksbestemmelsen til anvendelse og støtten anses forenlig med EØS-avtalen.

3 Kompensasjon eller statsstøtte

Jeg tar i denne fremstillingen utgangspunkt i bestemmelsens anvendelse i forhold til statsstøttereglene. Før vilkårene i EØS art. 59(2) kan behandles må det derfor redegjøres kort for bestemmelsens anvendelse i forhold til statsstøttereglene. EØS art. 59(2) er en unntaksbestemmelse fra statsstøttereglene og for at bestemmelsen skal komme til anvendelse må da statsstøttereglene være overtrådt. For at statsstøttereglene i EØS art. 61, som tilsvare EF art. 87, skal være overtrådt må det foreligge konkurransebegrensende støtte. Hvor staten har gitt støtte til et foretak som er tillagt en tjeneste av allmenn økonomisk betydning, er spørsmålet om denne støtten er en kompensasjon eller statsstøtte. Dersom støtten er en kompensasjon vil statsstøttereglene ikke være brutt og EØS art. 59(2) kommer således ikke til anvendelse. Hvor støtten imidlertid er statsstøtte vil det måtte vurderes om unntaksbestemmelsen i EØS art. 59(2) kommer til anvendelse. Det må da i første omgang vurderes om støtten i det hele tatt er statsstøtte.

²⁰ Se sak 127/73 *BRT*, premiss 20, sak 66/86 *Ahmed Saeed Flugreisen*, premiss 55, C-159/94, premiss 65, C-393/92 *Almelo*, premiss 47.

EF-domstolen slo i sak C-280/00 *Altmark* fast at godtgjørelse som bare kompenserer for en tjeneste av allmenn økonomisk betydning ikke er å anse som statsstøtte etter EF. art. 87. Grunnen var at støttemottager ikke får noen økonomisk fordel i forhold til andre foretak. Domstolen oppstilte fire vilkår for at slik kompensasjon ikke skal anses som støtte. For det første må foretaket være pålagt en tjeneste av allmenn økonomisk betydning, og disse forpliktelsene må være klart definert. For det andre må kriteriene for beregningen av kompensasjonen være fastlagt på forhånd på en objektiv og gjennomiktig måte. Videre må kompensasjonen ikke overstige utgiftene til oppfyllelsen av forpliktelsene og til slutt er det et vilkår at kompensasjonens størrelse bestemmes enten etter en offentlig anskaffelsesprosedyre eller på grunnlag av en analyse av omkostningene et gjennomsnittelig foretak vil ha ved oppfyllelsen av tjenesten. Dersom disse fire vilkårene er oppfylt vil ikke et foretak få noen økonomisk fordel, og slik ikke utgjøre statsstøtte i EF-traktatens / EØS-avtalens forstand. Spørsmålet er da om støtten likevel kan rettferdiggjøres etter EØS art. 59(2).

4 Tjenester av allmenn økonomisk betydning

For at EØS art. 59(2) skal komme til anvendelse er det et krav om at foretaket må være tillagt oppgaven å utføre en tjeneste av allmenn økonomisk betydning. Dette er bestemmelsens tredje vilkår.

Begrepet ”tjenester av almen økonomisk betydning” er ikke definert verken i traktaten, sekundærlovgivning eller i rettspraksis.

Det kan imidlertid utledes fra ordlyden at det dreier seg om tjenester som gjelder allmennheten og at tjenestene er av betydning for alle, jf. ”almen”.

Ordlyden gir utover dette ingen retningslinjer på hvordan begrepet ”tjenester av almen økonomisk betydning” skal forstås.

Begrepet er også anvendt i EF art. 16, som lyder:

”med mindre annet følger av artikkel 73, 86 eller 87, og hensyn tatt til den plass tjenesteytelser av alminnelig økonomisk interesse inntar i Unionens felles verdinormer, samt deres betydning for å fremme sosial og geografisk utjevning, skal Fellesskapet og medlemsstatene, hver av dem i samsvar med sin myndighet og innen denne traktats virkeområde, sørge for at slike tjenester ytes på grunnlag av prinsipper og vilkår som setter dem i stand til å oppfylle sine oppgaver.”

EF art. 16 ble tatt inn under Amsterdam-traktaten²¹ som en ny formålsbestemmelse. Det legges vekt på at tjenester av allmenn økonomisk betydning er en del av de verdiene som deles av EUs medlemmer, og at disse tjenestene er viktige for å ivareta de sosiale sammenhengene i medlemslandene. Både Fellesskapet og medlemslandene skal derfor bidra til at tjenester av allmenn økonomisk betydning blir tilgjengelige. Bestemmelsen er ikke gjenspeilet i EØS-avtalen og vil således ikke få direkte betydning for anvendelsen av EØS art. 59(2). Men ettersom EØS art. 59(2) skal tolkes i samsvar med EF. art. 86(2) vil EF. art. 16 likevel kunne få indirekte betydning. Også i EUs charter om fundamentale rettigheter²² (ECFR) er det i artikkel 36 en bestemmelse om respekt og anerkjennelse for betydningen av tilgang til tjenester av allmenn økonomisk betydning, ”med det formål at fremme sosial og territorial samhørighet i Unionen”.

EF art. 16 og ECRF art. 36 identifiserer således essensielle karakteristikk ved en tjeneste av allmenn økonomisk betydning. Tjenestene skal fremme sosial og geografisk utjevning. Disse elementene er dermed viktige å ta hensyn til når det skal vurderes hvorvidt det foreligger en tjeneste av allmenn økonomisk betydning.

²¹ Amsterdam-traktaten av 2. oktober 1997.

²² European charter of fundamental rights av 7. Desember 2000.

Eksempler på hva EF-domstolen har ansett som tjenester av allmenn økonomisk betydning og innenfor anvendelsen av EF art. 86(2) er blant annet offentlig mediekommunikasjon²³, flytjenester²⁴, distribusjon/fordeling av elektrisitet²⁵, forvaltning av en supplerende pensjonsplan som utfylte en vesenlig sosial funksjon i en stats pensjonssystem²⁶, å gjøre et offentlig telefonnett tilgjengelig for brukere²⁷, distribusjon av post gjennom hele det nasjonale territoriet²⁸, forvaltning av visse typer avfall på bakgrunn av miljømessige problemer²⁹ og en universal fortøyingstjeneste på bakgrunn av offentlig sikkerhet³⁰.

Jeg vil nedenfor under punkt 4.2 redegjøre for hvilke momenter domstolene har lagt vekt på i vurderingen av om en tjeneste er av allmenn økonomisk betydning, for å finne felles karakteristikk ved tjenester av allmenn økonomisk betydning. Først må det imidlertid redegjøres for tjenestebegrepet og skillet mellom tjenester av allmenn ”økonomisk” betydning og tjenester av allmenn betydning.

EØS art. 59(2) gjelder ”tjenester” og det må derfor kort forklares hva som ligger i tjenestebegrepet. Det følger av EØS art. 37 og EF art. 50 at utgangspunktet er at all aktivitet som normalt utføres mot betaling omfattes av tjenestebegrepet, ”i den utstrekning de ikke kommer inn under” en av de andre friheter, jf. første ledd. Tjenestebegrepet har en vid betydning.³¹ Tjenestebegrepet i EØS art. 59(2) har imidlertid et enda videre innhold enn i EØS art. 37.³²

²³ Jr. Sak 155/73 *Giuseppe Sacchi*, premiss 13 til 15.

²⁴ Jf. Sak 66/86 *Ahmed Saeed Flugreisen*, premiss 55.

²⁵ Jf. Sak C-393/92 *Almelo*, premiss 48 og Sak C-157/94 *Commission v Netherlands*, premiss 41.

²⁶ Jf. sak C-67/96 *Albany*, premiss 105.

²⁷ Jf. sak C-18/88 *GB-Inno-BM*, premiss 16.

²⁸ Jf. sak C-320/91 *Corbeau*, premiss 15.

²⁹ Jf. sak C-209/98 *Sydhavnens Sten og Grus*, premiss 75.

³⁰ Jf. sak C-266/96 *Corsica Ferries*, premiss 45 og 60.

³¹ Jf. Sejersted m.fl (2003) s 430-434.

³² Jf. EU Karnov (2003), bind 1, s. 1063.

4.1 Skillet mellom tjenester av allmenn økonomisk betydning og tjenester av allmenn betydning.

EØS art. 59(2) gjelder etter ordlyden bare tjenester av ”almen økonomisk betydning” og det er en forutsetning for at det eventuelt skal vurderes om bestemmelsen skal komme til anvendelse, at tjenestene vurderes som økonomiske og ikke som ikke-økonomisk virksomhet som faller utenfor tjenestereglenes og denne bestemmelsens virkeområde. Skillet mellom en tjeneste av økonomisk betydning og andre tjenester er ikke definert i traktaten. Det er imidlertid bred enighet i Fellesskapet om at begrepet ”tjenester av almen økonomisk betydning” referer seg til tjenester av en økonomisk natur som av medlemsstaten eller Fellesskapet er ansett å være en offentlig tjeneste de har plikt til å yte på grunn av tjenestens allmenne interesse. Dette følger av Kommisjonens hvitbok om tjenester av allmenn betydning³³ (hvitboken) Annex 1. Det avgjørende for om tjenesten er av allmenn økonomisk betydning og ikke bare av allmenn betydning er således at tjenesten er en økonomisk aktivitet. Enhver aktivitet som består av å tilby varer eller tjenester på et marked er en økonomisk aktivitet.³⁴

Til sammenligning er tjenester av allmenn betydning bredere og omfatter både markedstjenester og tjenester som ikke er en del av markedet. Hvilke tjenester er imidlertid ikke av økonomisk karakter? Dette er tjenester som det ikke kreves vederlag for og dermed er det ikke en økonomisk aktivitet. I Norge er utdanning og visse helsetjenester eksempler på tjenester som skal være gratis for alle. Mange stater har ikke en tilsvarende velferdsstat som Norge og andre skandinaviske land, og velferdsrettigheter vil ikke være like utbredt. Hvilke tjenester en stat anser å være vederlagsfrie og nødvendig er en del av den spesifikke politikken som føres i staten. Bak tjenester av allmenn betydning ligger solidaritetsprinsippet. Det er typiske sosiale tjenester som det er viktig at hele befolkningen har tilgang til, på like vilkår og uten vederlag eller bare betaling av egenandel. Skillet mellom tjenester av allmenn økonomisk betydning og tjenester av allmenn betydning utvikler seg imidlertid over tid ettersom samfunnet og markedet utvikles. Flere

³³ Kommisjonens ”White Paper on Services of General Interest”, COM(2004) 374 final.

³⁴ Jf. C-475/99 *Ambulanz Glöckner*, premiss 19 og forente saker C-180/98 - C-184/98 *Pavlov*, premiss 75.

og flere aktiviteter har blitt av økonomisk relevans. Utviklingen av ny teknologi, en mer markedsbasert økonomisk tenkemåte og en vektlegging av valgfrihet hos forbrukerne har bidratt til at stadig flere tjenester som tidligere ville blitt definert som ikke-økonomiske, nå defineres som økonomiske. Eksempelvis er det en utvikling i privatisering av både helsetjenester og utdanning her i Norge.

De enkelte medlemslandene i EU antas å ha en betydelig skjønnsmargin til å bestemme om en tjeneste er økonomisk eller ikke-økonomisk, jf. Kommisjonens meddelelse om tjenester av allmenn betydning i Europa fra 2000³⁵ punkt 22. Slik kan en tjeneste være av allmenn økonomisk betydning i en stat, imens den er av allmenn betydning i en annen.

Det er imidlertid et krav om at tjenesten må være av allmenn ”økonomisk” betydning for at EØS art. 59(2)/EF art. 86(2) skal komme til anvendelse.

4.2 Spesielle karakteristikk

Det avgjørende i vurderingen om en tjeneste er av allmenn økonomisk betydning er kjernen i de tjenester som er ansett å være av allmenn økonomisk betydning og disse tjenestenes spesielle karakteristikk sammenlignet med andre økonomiske tjenester.³⁶ Det sentrale er da å finne disse spesielle karakteristikkene som tjenester av allmenn økonomiske betydning innbefatter. Rettspraksis fra domstolene må tolkes for å vurdere hvilke momenter som er av betydning, hvilke hensyn som tillegges vekt og hvilke egenskaper som gjør at tjenester innehar spesielle karakteristikk som skiller tjenesten fra andre økonomiske aktiviteter. Domstolene har imidlertid ikke sagt hvilke karakteristikk som er ”special characteristics”. Fremgangsmåten til domstolene er at de først gir en beskrivelse av tjenesten, deretter fastsettes det kort at tjenesten innehar slike spesielle karakteristikk og til slutt konkluderes det med at tjenesten derfor er av allmenn økonomisk betydning. Drøftelsene er således svært kortfattede og vage og de må derfor tolkes for å avgjøre hvordan domstolene har kommet frem til sin konklusjon. I denne tolkningen kan det trekkes frem elementer

³⁵ COM(2000)580 final.

³⁶ Jf. C-179/90 *Merzi Convenzionali*, premiss 27, C-266/96 *Corsica Ferries*, premiss 45, E-4/97 *Husbanken II*, premiss 47 og E-9/04 *Islands husbank*, premiss 67.

domstolene synes å ha lagt vekt på av betydning for om tjenesten har slike spesielle karakteristikk. Disse elementene vil jeg her redegjøre for.

4.2.1 Tilgjengelighet

Tilgjengelighet er et av elementene som er avgjørende for om en tjeneste kvalifiserer som en tjeneste av allmenn økonomisk betydning. Tjenester av allmenn økonomisk betydning er tjenester som det er viktig at er tilgjengelig for alle.

Elementet tilgjengelighet har flere undermomenter. For det første må tjenesten være tilgjengelig til enhver tid. Dette dreier seg om tjenestens kontinuitet. For det annet må tjenesten være tilgjengelig for alle, dvs. tjenestens universalitet.

Pris er et annet undermoment ettersom prisen på tjenesten har betydning for om tjenesten er tilgjengelig. Tjenesten må tilbys til en viss pris for at alle i realiteten skal ha mulighet til å benytte seg av den. Eksempelvis vil ikke medisiner være tilgjengelig for alle dersom de koster en formue. Mange vil da ikke ha råd til å betale for medisiner, og de vil følgelig ikke være tilgjengelig for alle. Fremstillingsmessig vil jeg redegjøre for undermomentet pris i et eget punkt. Dette gjøres på bakgrunn av at pris er et sentralt moment og fordi det skiller seg noe fra momentene universalitet og kontinuitet som mer direkte gjelder tilgjengelighet.

Universalitet og kontinuitet legges vesentlig vekt på av EF-domstolen, Førsteinstansretten og EFTA-domstolen i vurderingen om en tjeneste er av allmenn økonomisk betydning. Jeg vil i det følgende illustrere domstolenes bruk av tilgjengelighet som et sentralt moment.

I Sak E-4/97 *Husbanden II* ble det i evalueringen av tjenestens natur som en tjeneste av allmenn økonomisk interesse lagt vekt på de politiske målsettinger som var å gi prioritet til husbygging basert på visse spesielle presumsjoner og vilkår ved å låne kapital til låntakere til mer fordelaktige betingelser enn de som var tilgjengelig på det åpne markedet. Av denne grunn ble denne tjenesten ansett å være av allmenn økonomisk betydning.

Tjenesten var ikke tilgjengelig for alle ettersom mange ikke hadde mulighet til å ta opp lån på de betingelser som markedet presenterte. Derfor var det nødvendig med en slik ordning som gjorde tjenesten tilgjengelig for alle, gjennom mer fordelaktige betingelser. Domstolen la avgjørende vekt på dette momentet.

EFTA-domstolen behandlet i sak E-9/04 *Islands husbank* også spørsmålet om hvilke spesielle karakteristikk som skiller en tjeneste av allmenn økonomisk betydning fra andre økonomiske aktiviteter. Denne saken gjaldt, som *Husbanken II*, tiltak for å gi lån til mer fordelaktige vilkår enn det markedet kunne tilby. Bakgrunnen var at flere islendinger skulle ha råd til å eie bolig. Lånene skulle gis på overkommelige betingelser til allmennheten i hele territoriet. Disse karakteristikkene var av betydning for om tjenesten var av allmenn økonomisk betydning. For å oppnå tilgjengelighet var det nødvendig å gi lån til overkommelige betingelser, til rimelige priser. Slik skulle islendingene gjøre eierskap av bolig tilgjengelig for enhver islending.

Elementet tilgjengelighet er også lagt stor vekt på i et stort antall saker i EF-domstolen og Førsteinstansretten. Et eksempel er Sak C-266/96 *Corsica Ferris*. I denne saken fant EF-domstolen at fortøyningstjenester var en tjeneste av allmenn økonomisk betydning.

Begrunnelsen var at fortøyningsarbeidere var forpliktet til å tilby allmenne fortøyningstjenester til enhver tid og til enhver bruker, på grunn av hensynet til sikkerhet i havnene. Tjenesten kontinuitet var sentralt ettersom det var nødvendig at denne tjenesten var tilgjengelig til enhver tid. Tjenesten måtte også være tilgjengelig for ethvert skip som hadde behov for fortøyning.

En annen avgjørelse som illustrerer momentene relatert til tilgjengelighet er sak C-320/91 *Corbeau*. Denne saken gjaldt monopol på posttjenester. Domstolen fastslo at det ikke var tvil om at tjenesten var av allmenn økonomisk betydning, ettersom det var en plikt til å samle, frakte og distribuere post for alle brukere i hele territoriet. Posttjenester skulle være tilgjengelig for hele befolkningen, uten hensyn til bosted. Tjenestens universalitet og kontinuitet ble lagt vesentlig vekt på.

Disse avgjørelsene illustrerer den sentrale vekt domstolene gir tilgjengelighet i vurderingen om en tjeneste er av allmenn økonomisk betydning.

Viktigheten av tjenestens tilgjengelighet illustreres også av sekundærlovgivning gitt i medhold av EF-retten. Eksempelvis direktiv 88/301/EØF om konkurranse på

teleterminalmarkedene³⁷. Punkt 11 i direktivets fortale, sier at betingelsene for anvendelse av unntaksbestemmelsen i EF art. 90(2) (nå 86(2))³⁸ ikke er oppfylt. Videre heter det i direktivet at ”selv om det at stille et offentlig telekommunikasjonsnet til raadighed for samtlige forbrugere er en tjenesteydelse af almindelig oekonomisk interesse...” så er ikke de øvrige vilkårene i bestemmelsen oppfylt. Dette viser betydningen av tjenestens tilgjengelighet i vurderingen om en tjeneste er av allmenn økonomisk betydning. I direktivet ble det alene lagt vekt på tjenestens tilgjengelighet som tilstrekkelig for at tjenesten var av allmenn økonomisk betydning.

Tilgjengelig er følgelig en sentral karakteristikk ved tjenester av allmenn økonomisk betydning.

4.2.2 Likebehandling

Det må videre vurderes om tjenester av allmenn økonomisk betydning må gjelde likt for alle. Kan det være billigere for strøm i områder det ikke koster mye å frakte strøm eller der det regner mye, eller må prisen være lik for alle i et land?

Det er ikke tilstrekkelig at alle har tilgang til tjenesten, men på ulike vilkår.

I *Husbanken II* var begrunnelsen for å gi mer fordelaktige lånebetingelser å fremme like rettigheter til å eie boliger. Dette momentet er ofte begrunnelsen for tjenester av allmenn økonomisk betydning, ettersom hensikten som regel er å gi hele befolkningen tilgang til tjenesten selv markedet ikke tilstrekkelig tilbyr tjenesten.

For det første må prisene på tjenesten være ensartede. Dette følger av EF-domstolens avgjørelse i C-393/92 *Almelo* der domstolen la vekt på at tjenesten skulle tilbys til ensartede priser. Betingelser kunne bare variere på grunnlag av objektive kriterier som gjaldt for samtlige kunder. Prisen må således være ensartet, uavhengig av geografisk lokalisering. Et eksempel på likebehandling mht pris er posttjenester der det er like priser for å sende et brev uavhengig av hvor det sendes fra og til innenfor Norges grenser.

³⁷ Kdir 88/301/EØF.

³⁸ Nummereringen ble endret ved Amsterdam-traktaten av 2. oktober 1997.

Det er imidlertid ikke bare i forhold til pris at tjenestene må være ensartede. Også i forhold til kvalitet er det krav om at alle skal ha rett på like god vare/tjeneste. En tjeneste kan ikke være av dårligere kvalitet i avsidesliggende strøk på grunnlag av at det koster mer å opprettholde en god ytelse i disse områdene.

I *Corbeau* uttalte EF-domstolen at posttjenesten måtte ytes med like krav til kvalitet, og uten betydning av den spesielle situasjonen eller den økonomiske lønnsomhet for det enkelte individuelle oppdrag. Det må således også være likebehandling med henhold til kvalitet. Noe annet ville føre til at befolkningen i byer og tettbebygde områder ville få en bedre tjeneste kvalitetsmessig, enn befolkningen i de mindre befolkede områdene.

Sekundærlovgivning for visse tjenester av allmenn økonomisk betydning har fastsatt krav om likebehandling. Et eksempel er Direktiv 2003/55/EF³⁹ (GassmarkedsdirektivII). I direktivets art. 8 nr. 1 litra b og art.12 heter det at henholdsvis systemoperatøren og distribusjonsoperatøren ”må i intet tilfælde forskelsbehandle systembrugere eller kategorier af systembrugere”.

Det kan etter dette konkluderes med at likebehandling er en spesiell karakteristikk ved tjenester av allmenn økonomisk betydning.

4.2.3 Pris

Det må videre vurderes hvorvidt prisen har betydning for om en tjeneste kan karakteriseres som en tjeneste av allmenn betydning. Det er klart at dersom prisen på en tjeneste er høy vil mange ikke ha råd til å benytte seg av tjenesten. Dette fører til at tjenesten ikke blir tilgjengelig.

Eksempelvis når det gjelder flytransport gir staten støtte til flyselskap som flyr de strekninger i landet som ikke er regningssvarende og som markedet ikke er i stand til å tilby til en overkommelig pris. Dette gjør flytjenester tilgjengelig for alle, men fortsatt ikke like tilgjengelig for alle ettersom prisene i sør fortsatt er mye lavere enn prisene i nord. Problemet er å vurdere hvilken pris som gjør tjenesten tilgjengelig.

Er det et krav om at en tjeneste av allmenn økonomisk aktivitet må tilbys til rimelige priser? Ovenfor under punkt 4.2.2 om likebehandling fulgte det av rettspraksis at tjenesten

³⁹ EP/Rdir 2003/55/EF.

måtte tilbys til *ensartede* priser, jf. *Almelo*. Denne avgjørelsen sa ingenting om at prisen måtte være rimelig.

EF-domstolens avgjørelse i sak C-67/96 *Albany* gjaldt et pensjonsfonds enerett til å administrere tilleggspensjonsordninger. Det fremgår av premiss 108 at følgen av at tilleggspensjonsordningen oppheves vil være en stigning i utgiftene til pensjoner som vil føre til at de ikke lenger vil kunne tilby pensjoner til en akseptabel pris. Det kan tolkes ut av dette at prisen ved en tjeneste av allmenn økonomisk betydning skal være akseptabel. Problemet er da hva som er akseptable priser. En naturlig forståelse av akseptabel er at det må være en pris som alle har mulighet til å betale. Det følger av *Corbeau*, premiss 17, at foretaket var ”forpliktet til at sikre tjenesteydelser på rimelige økonomiske vilkår”. Ordlyden ”rimelige økonomiske vilkår” taler for at forståelsen av akseptabel pris er at prisen må være rimelig.

Hva som er rimelig må vurderes i det konkrete tilfellet og er en del av medlemsstatens skjønn som jeg vil behandle i punkt..

Det er imidlertid klart at rimelig pris er en sentral karakteristikk ved tjenester av allmenn økonomisk betydning.

4.2.4 Kvalitet

En tjeneste av allmenn økonomisk betydning må være av en viss kvalitet. Ettersom dette er tjenester det er behov for og således skal være tilgjengelig for alle er det også et krav til tjenestens kvalitet. Det kan ikke ytes tjenester av dårlig kvalitet for å gjøre tjenesten mer lønnsom. Kvaliteten i seg selv vil ikke være en forutsetning for at en tjeneste kvalifiserer som en tjeneste av allmenn økonomisk betydning. Men det vil være krav til at en tjeneste av allmenn økonomisk betydning må være av en viss kvalitet for å tilfredstille kravet om tilgjengelighet og dermed behovet. Kvaliteten må være god nok til å sikre at behovet blir tilfredstilt.

Det må i vurderingen av kvalitet tas hensyn til tekniske og økonomiske karakteristikk ved tjenesten, de spesielle krav fra brukerne og effektivitet. Hva som er god kvalitet må vurderes i hvert enkelt tilfelle. Denne vurderingen er for så vidt en del av medlemsstatens skjønn som jeg vil komme tilbake til nedenfor i punkt 5. Det vil imidlertid være en nedre grense for hva som kan anses som god kvalitet. I fortalen til gassmarkedsdirektivII uttales

det i avsnitt 26 at det skal sikres at det ”opretholdes høje standarder for offentlige tjenesteydelser i Fællesskabet” og at det er en ”ret til at få leveret naturgas af en bestemt kvalitet til rimelige priser”. Dette illustrer at det er et krav til at kvaliteten må være av en viss kvalitet og at dette er viktig i forhold til tjenester av allmenn økonomisk betydning. Kvaliteten må samsvare med behovet.

4.2.5 Plikt

Det må videre vurderes hvorvidt plikt er et moment av betydning for om en tjeneste er av allmenn økonomisk betydning.

Dersom tjenesten skal være tilgjengelig for enhver må foretaket som er tillagt oppgaven også ha en plikt til å tilby denne tjenesten til enhver. Noe annet ville frata de øvrige elementene enhver betydning. Situasjonen er som regel at foretaket får statsstøtte for å kunne utføre oppgaven, nemlig for å gjøre tjenesten tilgjengelig for alle. Slik må det også ligge en plikt bak denne oppgaven. Dette følger for så vidt av meningen med EØS art. 59(2) ettersom bestemmelsen gir medlemsstaten mulighet til å sikre at visse tjenester blir tilgjengelig for alle gjennom å gi statsstøtte.

Rett praksis taler også for at det må være en plikt til å yte tjenesten på visse vilkår.

I *Corsica Ferries* uttalte EF-domstolen at fortøyningsarbeidere var ”pligtige til enhver tid og til enhver bruger” å yte fortøyningstjenester, jf. premiss 45. Denne plikten var sentral for om tjenesten var av allmenn økonomisk betydning. Det samme la EF-domstolen vekt på i *Corbeau* der tjenesten bestod av en ”pligt til i forhold til samtlige brugere paa hele en medlemsstats omraade” å yte tjenesten, jf. premiss 15.

Et eksempel på en tjeneste som ikke ble ansett å være av allmenn økonomisk betydning var i sak C-179/90 *Merci convenzionali*. Det fremgikk ikke av sakens anførsler og bevisføring at selskapet Mercis havnevirksomhet, som var tillagt eksklusive rettigheter med hensyn til tilretteleggelse av havnearbeid, var en tjeneste av en allmenn økonomisk betydning. Det var ingen krav eller plikt til tjenestens tilgjengelighet for alle. De forelå heller ingen andre spesielle karakteristikk.

Det er en forutsetning at det må være en plikt til å yte tjenester av allmenn økonomisk betydning. Plikten til å tilby er følgelig en spesiell karakteristikk ved tjenester av allmenn økonomisk betydning sammenlignet med andre økonomiske aktiviteter.

4.2.6 Behov

Tjenester av allmenn økonomisk betydning er tjenester det er behov for. Er det en forutsetning at det er et behov for denne tjenesten for at den kan karakterisere som av allmenn økonomisk betydning?

Generaladvokat Tizzanos innstilling i sak C-53/00 *Ferring* uttalte at det fundamentale behov for å garantere til enhver tid en tilstrekkelige levering av legemidler til hele befolkningen begrunnet at det ikke var noen grunn til å betvile at det valg de franske myndigheter foretok med henhold til at tjenesten var av allmenn økonomisk betydning, var lovlig. Det er klart at det er et behov for at legemidler er tilgjengelig for alle. Dette var et fundamentalt behov som begrunnet at tjenesten hadde slike spesielle karakteristikk sammenlignet med andre økonomiske aktiviteter.

Det er imidlertid ikke alle behov som er like grunnleggende som dette.

I *Husbanken II* la EFTA-domstolen vekt på behovet for å gjøre tjenesten tilgjengelig gjennom mer fordelaktige lånebetingelser. Det var et behov ettersom tjenesten ikke var tilgjengelig for alle. Den norske stat anså huslån som en tjeneste som alle hadde behov fordi det på bakgrunn av behovet til å eie sin egen bolig.

I *Corsica Ferris*, som gjaldt tilgjengeligheten av fortøyningstjenester, var det et behov for at fortøyningstjenester var tilgjengelig til enhver tid for de båter som kom inn til havnene. Båtene hadde et behov for disse tjenestene.

Disse avgjørelsene illustrer at mange ulike behov kan begrunne en tjeneste av allmenn økonomisk betydning.

Det vil imidlertid være noen behov som alle mennesker, i alle medlemsstater, har behov for. Eksempler på slike behov er behovet for utdanning, elektrisitet, vanntilførsel, medisiner m.v. Det er i fellesskapet gitt sekundærlovgivning på noen av disse områdene. Blant annet for elektrisitet⁴⁰ og gass⁴¹ og vanntilførsel⁴².

Det følger forutsetningsvis av den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) og ECFR, som bygger på EMK, at visse behov er så fundamentale at de anses som en

⁴⁰ EP/Rdir 2003/54/EF.

⁴¹ EP/Rdir 2003/55/EF.

⁴² EP/Rdir 2000/60/EF.

menneskerett. Slike tjenester er det krav om at alle medlemsstater, og for så vidt andre europeiske stater, må sikre at tilbys til alle.

Andre behov kan imidlertid variere på bakgrunn av de forskjellige medlemsstaters og brukeres tradisjoner, historie og kultur. Det kan imidlertid spørres om alle behov er legitime behov. Dette vil jeg komme tilbake til under medlemsstatens skjønn, jf. punkt 5. En tjeneste av allmenn økonomisk betydning begrunnes av at det er et behov for denne tjenesten og det kan følgelig konkluderes med at behov er et sentralt element ved tjenester av allmenn økonomisk betydning.

4.2.7 Sosial karakter

Til slutt må det spørres om det er et krav at tjenester av allmenn økonomisk betydning er av en sosial karakter.

Forsyning av elektrisitet, vanntilførsel, medisiner og billige huslån er alle tjenester som er av en viss sosial karakter. Forutsetningen om rimelige priser begrunnes i sosiale hensyn, nemlig slik at alle skal få råd til ytelsen. De fleste avgjørelser som ovenfor er anvendt gjelder tiltak som har en eller annen sosial funksjon. Er det imidlertid nødvendig for at en tjeneste skal være av allmenn økonomisk betydning at den innbefatter et sosialt element? En avgjørelse som taler for at det er nødvendig at en tjeneste av allmenn økonomisk betydning har en sosial karakter er EF-domstolens avgjørelse i *Albany*. Denne saken gjaldt en tilleggspensjonsordningen som hadde en viktig sosial funksjon i det nederlandske pensjonssystemet på grunn av en begrenset lovbestemte pensjon, som ble beregnet på grunnlag av den lovbestemte minstelønnen.⁴³ Tilleggsordningen var kjennetegnet ved en høy grad av solidaritet, blant annet *som følge av* at bidragene var *uavhengige av risikoen* og det var en *plikt* til å akseptere *alle* arbeidstagere uten en forutgående legeundersøkelse.⁴⁴ Dette taler for at karakteristikken tilgjengelighet, likebehandling og plikt, som er av sentral betydning for om en tjeneste er av allmenn økonomisk betydning, kjennetegnes av solidaritet, jf. ”høj grad af solidaritet, bl.a. som foelge af...” disse karakteristikken. Dette

⁴³ Jf. premiss 105.

⁴⁴ Jf. premiss 109.

taler i retning av at disse karakteristikene er kjennetegnet av solidaritet og at det således også er et krav om et sosialt element.

EØS art. 59(2) skal sikre at visse tjenester av allmenn økonomisk betydning er tilgjengelig for alle. Visse tjenester er det viktig at alle har tilgang til. Dette taler også for at tjenestene må være av sosial karakter. Hensynet er jo at alle skal ha rett på visse ytelser, som det er behov for. Bestemmelsen skal sikre dette vet at staten i disse tilfeller kan gi støtte for at det skal være mulig å gi hele befolkningen tilgang til visse tjenester.

Videre kan Kommisjonen og ESAs saksbehandling være et moment for hvordan bestemmelsen blir tolket. I ESAs bestridte beslutning⁴⁵ i *Islands husbank* konkluderte ESA med at Housing Financing Fund var tillagt en tjeneste av allmenn økonomisk betydning, på grunn av deres sosiale og universale dimensjon, som skiller seg fra andre økonomiske aktiviteter.⁴⁶ Det ser ut til at ESA la vesentlig vekt på hvorvidt tjenesten hadde et sosialt tilsnitt og en universal dimensjon i vurderingen om det forelå en tjeneste av allmenn økonomisk betydning. ESA følger i stor grad Kommisjonens praksis og er en rettskilde som kan pålegges vekt. Beslutningene kan selvfølgelig overprøves av EFTA-domstolen. I denne saken hevdet på den annen side bankene at det ikke forelå tilstrekkelig sosiale elementer til at tjenesten kunne være av allmenn økonomisk betydning og sammenlignet saken med *Husbanken II*, som var rettet mot de med lavest inntekt.⁴⁷ ESA hevdet på sin side at det var tilstrekkelige sosiale elementer.⁴⁸ Selv om det var mulig å låne til to boliger fratok ikke dette tjenestens natur som av allmenn økonomisk betydning.⁴⁹ Begge parter var i denne saken opptatt av hvorvidt det forelå tilstrekkelige sosiale elementer eller ikke. Dette taler i retning av at tjenester av allmenn økonomisk betydning må ha være av en viss sosial karakter.

⁴⁵ ESA decision No.: 213/04/COL Icelandic Housing Financing Fund.

⁴⁶ Jf. beslutningens punkt 3.2.1.

⁴⁷ Jf. Application of the Bankers and Securities Dealers Association of Iceland, punkt 2.1.

⁴⁸ Jf. Statement of defence, punkt 71.

⁴⁹ Jf. Statement of defence, punkt 75.

En avgjørelse som taler mot denne forståelsen er EF-domstolens avgjørelse i *Corsica Ferries*. Fortøyingstjenester, som denne saken gjaldt, var ikke begrunnet i sosiale hensyn, men i hensynet til sikkerheten i havnene. Inneholder fortøyingstjenester et sosialt element? Fortøyingstjenester er ikke tjenester som de fleste har bruk for. Dette er tjenester store skip har behov for. For skip er det således av stor betydning at tjenesten er tilgjengelig til enhver tid, ellers vil det føre til vanskeligheter med å legge til kai. Dette behovet gjør imidlertid ikke tjenesten sosial. Tjenesten inneholdt for så vidt krav om å tilby til alle skip på like vilkår, men dette var på grunn av sikkerhet i havnene, ikke for å hjelpe de ”fattigste” skipene med å få tilgang til tjenesten. Fortøyingstjenester inneholder således ikke et sosialt element.

En annen avgjørelse som går i denne retning er C-209/98 *Sydhavnens Steen og Grus*. Tjenesten gjaldt forvaltning av visse typer avfall og EF-domstolen uttalte i premiss 75 at ”håndtering af bestemte former for affald kan være genstand for en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, navnlig når formålet med tjenesteydelsen er at løse et miljøproblem”.

En tjeneste av allmenn økonomisk betydning kan følgelig også være begrunnet i miljøhensyn. Er miljøhensyn av sosial karakter? Miljøtiltak er viktig for å bedre miljøet og dermed bedre levekårene for både mennesker, dyr og planter. Øverst er hensynet om å beskytte jorden. Selv om miljøet har betydning for menneskers levekår, er ikke dette av sosial karakter. Å anse miljøhensyn som et sosialt hensyn vil gjøre begrepet sosial svært vidt. Den naturlige språklige forståelsen av sosiale karakteristikker innbefatter ikke slike miljøhensyn som dette, ettersom miljøhensyn først og fremst skal sikre naturen og miljøet. Disse avgjørelsene fra EF-domstolen taler følgelig med stor vekt for at det ikke er en forutsetning at en tjeneste av allmenn økonomisk betydning har en sosial funksjon. Selv om det er flere avgjørelser som gjelder tjenester som har en sosial karakter er dette fordi slike tjenester *vanligvis* begrunnes på bakgrunn av sosiale formål.

Hvorvidt en tjeneste har et sosialt tilsnitt kan derfor være et moment ettersom det ofte er slik at tjenester av allmenn økonomisk betydning har en sosial funksjon. Men, det er stor forskjell på moment og krav og det er ikke en *forutsening* at tjenesten har en sosial karakter for å være en tjeneste av allmenn økonomisk betydning.

4.3 Felles konsept av tjenester av allmenn økonomisk betydning?

Det følger av redegjørelsen ovenfor at domstolene har utviklet momenter for vurderingen av om en tjeneste kvalifiserer som en tjeneste av allmenn økonomisk betydning. Samtidig har medlemsstatene også utviklet en praksis med henhold til hva de anser som av betydning ved sin skjønnsutøvelse av fastsettelsen av tjenester av allmenn økonomisk betydning. Det uttales i Kommisjonens hvitbok at det eksisterer et felles konsept av tjenester av allmenn økonomisk betydning i Unionen.⁵⁰ Dette hevder de på bakgrunn av debatten etter Kommisjonens grønnbok om tjenester av allmenn betydning⁵¹ (grønnboken).

Medlemsstatene har gitt sine synspunkter på grønnboken og blant annet på hva de mener kvalifiserer som en tjeneste av allmenn økonomisk betydning. Dette felles konseptet reflekterer Fellesskapets verdier og mål og er basert på felles elementer. Hvitboken har som følge av dette gitt en sammenfatning av de felles elementer. Disse elementene er universale tjenester, kontinuerlighet, kvalitet, rimelighet og bruker/forbruker beskyttelse.⁵²

Universale tjenester er tjenester av særlig betydning som Fellesskapet har definert som "universal services". Fellesskapet kan sektorregulering som gir visse tjenester karakter av allmenn økonomisk betydning og hvor det settes krav til ytelsen og innholdet av tjenesten. Konseptet "universal service" refererer til et sett av allmenne interesser som skal sikre at visse tjenester er gjort tilgjengelig til en viss kvalitet, til alle konsumenter, i hele territoriet, uavhengig av geografisk lokalisering og til rimelige priser. Universale tjenester er blitt akseptert for eksempelvis telekommunikasjon⁵³, elektrisitet⁵⁴, posttjenester⁵⁵ og mediekringkasting⁵⁶. Formålet er å sikre effektiv tilgang til disse tjenestene. Ved at Fellesskapet definerer et tjeneste som universal gjør det mulig for felles prinsipper å bli

⁵⁰ Jf. punkt 1.

⁵¹ Kommisjonens "Green paper on Services of General Interest", COM(2003) 270 final.

⁵² Jf. hvitboken punkt 2.1 og grønnboken avsnitt 49.

⁵³ EP/Rdir 2002/22/EF.

⁵⁴ EP/Rdir 2003/54/EF.

⁵⁵ Se hvitboken avsnitt 50 og 51.

⁵⁶ Rdir 89/552/EØF, endret ved EP/Rdir. 97/36/EF.

definert på Fellesskapsnivå, selv om gjennomføringen av prinsippene bestemmes av medlemsstatene.⁵⁷

Momentet kontinuitet referer seg til tjenestens tilgjengelighet, til enhver tid og over tid. Dessuten er det viktig at tjenesten er rimelig for at alle skal ha råd til å benytte seg av den. En tjeneste som er tilgjengelig for alle, men til alt for høy pris vil i realiteten ikke være tilgjengelig for alle. Samtidig er det et behov for at tjenestene er av en viss kvalitet. Hensynet til forbruker og bruker er viktig og begrunner for så vidt de øvrige elementene.

Disse felles elementene er imidlertid de samme momentene som domstolene har lagt vekt på i vurderingen av om en tjeneste kvalifiserer som en tjeneste av allmenn økonomisk betydning. Ettersom rettspraksis, kommisjonens forarbeider og medlemsstatenes praksis taler i samme retning kan det dermed konkluderes med at det eksisterer en felles forståelse, et felles konsept, av hvilke elementer som er av betydning i vurderingen av om tjenester er av allmenn økonomisk betydning.

5 Medlemsstatens skjønnsmargin

5.1 Utgangspunktet

Selv om det i rettspraksis foreligger momenter av betydning for hvorvidt en tjeneste er av allmenn økonomisk betydning er utgangspunktet at medlemsstatene har en skjønnsmargin til å avgjøre hvilke tjenester som er av allmenn økonomisk betydning.⁵⁸ Prinsippet om medlemsstatens skjønnsmargin er samtidig begrunnet i allmenne rettsgrunnsetninger, nærmere bestemt nærhetsprinsippet. Det følger av nærhetsprinsippet at medlemsstaten er nærmest til å vurdere hvilke behov og hvilke hensyn som er viktige i den enkelte stat. Fellesskapet har ikke like stor kunnskap om de forskjellige befolkningers behov og de

⁵⁷ Se grønnboken avsnitt 54.

⁵⁸ Jf. C-275/92 *Schindler*, premiss 61 og T-106/95 *FFSA*, premiss 99.

kulturelle, historiske og geografiske bakgrunner. Nærhetsprinsippet er et sentralt prinsipp i Fellesskapet og kommer til uttrykk i EF. art. 5(2).

Det er grenser for dette skjønnnet. Men bare hvor medlemsstaten har utøvet en ”manifest error” ved angivelse av en tjeneste av allmenn økonomisk betydning kan Kommisjonen, ESA og domstolene gripe inn.⁵⁹ Generaladvokat Tizzanos innstilling i sak C-53/00 *Ferring* uttalte at Fellesskapets institusjoner bør begrense seg ”til minimal kontroll med det ene formål at kontrollere, at medlemsstaterne ikke misbruger de beføjelser, de har fått gjennom fællesskabsretten”, jfr. premiss 51. Minimal kontroll og ”manifest error” taler for at medlemsstatene har en vid skjønnsmargin.

Når det er fastslått at medlemsstaten har et vidt skjønn er problemet hvorvidt medlemsstatens skjønnsutøvelse inneholder åpenbare feil. Hvordan vurderes det imidlertid hvorvidt det foreligger slike åpenbare feil? Skjønnsutøvelsen må vurderes i forhold til noe. Ettersom bestemmelsen er et unntak fra traktatforpliktelsene er det naturlig at skjønnnet begrenses av Fellesskapets interesser. Således må utøvelsen av skjønnnet være åpenbart feil sett i forhold til Fellesskapets interesser.

Jeg vil i det følgende redegjøre nærmere for hva medlemsstatens skjønn referer seg til og videre dette skjønnets begrensninger i forhold til de forskjellige momenter. Dette vil illustrere grensen mellom medlemsstatenes skjønnsmargin og Fellesskapets interesser.

5.2 Hva refererer skjønnnet seg til?

Det således klart at medlemsstatene har en vid skjønnsmargin til å fastsette hvilke tjenester som er av allmenn økonomisk betydning. Hva medlemsstatene har skjønn til å fastsette er derimot ikke klart. Det rettslige problemet er dermed hva medlemsstatenes skjønn nærmere bestemt referer seg til.

⁵⁹ Jf. E-9/04 *Islands husbank*, premiss 65 og E-4/97 *Husbanken II*, premiss 47. Se også COM(2000) 580 final avsnitt 22.

5.2.1 Formål

For det første må det vurderes hvorvidt medlemsstatens skjønn referer seg til hva som er formålet med en tjeneste av allmenn økonomisk betydning.

Nærhetsprinsippet begrunner medlemsstatens skjønn ettersom de offentlige myndigheter er nærmest til å vite hvilke tiltak det er behov for. Medlemslandene har et demokratisk styresett og de politiske valg som blir tatt er en følge av hvilke politiske mål som til enhver tid er viktige. Disse valgene må respekteres for å sikre at demokratiske valg blir respektert. Det er akseptert i Fellesskapet at medlemsstatene ikke kan avskjæres fra å ta hensyn til formål som er en del av deres nasjonale politikk når de definerer en tjeneste av allmenn økonomisk betydning⁶⁰. Det følger også av hvitboken at fastsettelsen av hvilke tjenester det offentlige har en plikt til å yte og hvilke *mål* som begrunner disse, fortsatt er en oppgave for de offentlige myndigheter i de respektive medlemsstater⁶¹.

Det er følgelig klart at medlemsstatenes skjønn refererer seg til formålet bak tjenester av allmenn økonomisk betydning.

Videre må det vurderes hvilke begrensninger det er på medlemsstatens skjønn til å fastsette formålet. Åpenbare feil i medlemsstatens skjønn fører til at vilkåret ikke er oppfylt. For å avgjøre om det er åpenbare feil i medlemsstatens skjønn må dette skjønnet vurderes i forhold til fellesskapets interesser. Det må undersøkes om det finnes formål som Fellesskapet ikke vil anse som legitime formål.

I Kommisjonens meddelelse om tjenester av allmenn betydning,⁶² heter det at medlemsstaten hovedsakelig er ansvarlig for å fastsette hva de anser som en tjeneste av allmenn økonomisk betydning *på bakgrunn av* de aktivitetenes spesielle karakteristikk. I vurderingen av hvorvidt det foreligger åpenbare feil må det legges vekt på de særlige karakteristikk redegjort for ovenfor.

⁶⁰ Jf. sak C-202/88 *France v Commission*, sak C-159/94 *Commission v France* premiss 56, sak E-4/97 *Husbanken II* premiss 47 og sak E-9/04 *Islands husbank*.

⁶¹ Jf. hvitboken punkt 2.2.

⁶² COM(2000) 580 final.

Medlemsstatens skjønn relaterer seg til hvilke tjenester det er behov for i medlemsstaten. Formålet med tjenester av allmenn økonomisk betydning er å dekke dette behovet. Hvilke behov befolkningen i de forskjellige medlemsstatene har vil variere. Noen tjenester har imidlertid alle mennesker behov for og dette setter begrensninger på medlemsstatens skjønn i forhold til et ansvar og en plikt til å tilby denne tjenesten.⁶³ Motsatt kan det være begrensninger i forhold til hvilke behov som kan anses som legitime behov. Dersom formålet eksempelvis er å dekke behovet for narkotika, vil ikke dette verken anses som et legitimt behov eller formål.

Det ble fastslått ovenfor under punkt 4.2.7 at det ikke er en forutsetning at en av allmenn økonomisk betydning skal være av en sosial karakter. Det er følgelig ikke bare sosiale formål som er legitime formål.

Sosiale formål⁶⁴, miljøformål⁶⁵ og sikkerhetsformål⁶⁶ er tre typer formål som er ansett å være legitime. Det sentrale er hvorfor disse formål anses legitime.

De fleste avgjørelser fra EF-domstolen, Førsteinstansdomstolen og EFTA-domstolen angående tjenester av allmenn økonomisk betydning, gjelder tjenester som har et formål av sosial karakter. Eksempler er særlig hensynet til beskyttelsen av den offentlige helse⁶⁷, hensynet til tilgjengelig utrykningskjøretøy til enhver tid⁶⁸ og hensynet til privat eierskap av bolig⁶⁹. Dette taler for at det først og fremst er sosiale formål som anses som legitime og som domstolene ønsker å beskytte.

Det kan tolkes ut av EF art. 16 og ECFR art. 36 at EF art. 86(2)/ EØS art. 59(2) skal sørge for at enhver har tilgang til visse tjenester av høy kvalitet og til rimelige priser. Hvitboken hevder det foreligger et delt ansvar mellom Fellesskapet på den ene siden og de offentlige

⁶³ Se ovenfor punkt 4.2.6.

⁶⁴ Jf. C-67/96 *Albany*.

⁶⁵ Jf. C-209/98 *Sydhavnenes steen og grus*.

⁶⁶ Jf. C-266/96 *Corsica Ferries*.

⁶⁷ Jf. sak C-438/02 *Åklagaren v Krister Hanner*, C-53/00 *Ferring*.

⁶⁸ Jf. C-475/99 *Ambulanz Glöckner*.

⁶⁹ Jf. sak E-4/97 *Husbanken II* og E-9/04 *Islands husbank*.

myndigheter i medlemsstatene på den annen.⁷⁰ Et ansvar om å tilby tjenester av allmenn økonomisk betydning. Dette ansvaret følger forutsetningsvis av EF. art.16 og ECFR art. 36, og gjør tjenester av allmenn økonomisk betydning til en viktig del av den europeiske velferdsmodell.

Følgelig er det hensynet til befolkningen og deres tilgang til en tjeneste til overkommelig pris og god kvalitet som først og fremst er det som søkes sikret. Det er altså ikke medlemsstatens rett til å fastsette hva de anser som en tjeneste av allmenn økonomisk betydning, slik at de kan ta hensyn til politiske mål og hensyn, denne bestemmelsen beskytter. Det som ønskes sikret er således forbrukernes, brukernes eller den enkelte statsborgers rett til å ha tilgang til visse tjenester som det anses som viktig at alle har tilgang til og at tjenestene inneholder visse kvalifikasjoner.

Sosiale hensyn begrunner i stor grad bestemmelsens anvendelse og dette taler dermed for at anledningen til å legge vekt på formål som ikke er sosiale er begrenset.

Domstolen har imidlertid også godtatt hensynet til å gjøre et offentlig telekommunikasjonsnett tilgjengelig⁷¹. Er dette et sosialt formål? Å gjøre et telekommunikasjonsnett tilgjengelig vil være av hensyn til infrastrukturen i landet, men dette vil igjen være av hensyn til at telekommunikasjonstjenester skal være tilgjengelig for alle. Å gjøre et telekommunikasjonsnett tilgjengelig fører til at konkurransen på telemarkedet blir større og dette fører igjen til bedre og rimeligere tjenester. Det er videre sekundærlovgivning på telekommunikasjonsområdet som anser disse tjenestene som universale tjenester.⁷² Dette gir hensynet til å gjøre et telekommunikasjonsnett tilgjengelig en sosial karakter.

Andre hensyn enn sosiale som av domstolene er ansett som legitime er som sagt miljøhensyn og sikkerhetshensyn. Miljøhensyn er et sentralt hensyn i Fellesskapet, jf. EF art. 2 og EØS art. 1 nr.2 litra f. Mange av verdens land har inngått konvensjoner og traktater med mål om å sikre miljøhensyn. Det er nødvendig at miljøtiltak settes i verk for å

⁷⁰ Jf. hvitboken punkt 2.

⁷¹ Jf. sak C-18/88 *GB-Inno-BM*.

⁷² Jf. EP/Rdir 2002/22/EF.

bevare klima, natur og dyr på jorden. Diverse sikkerhetshensyn er også viktige hensyn i EU og resten av verden, og særlig etter terroraksjonen 9/11, samt påfølgende terrorangrep, har sikkerhet blitt et sentralt hensyn. Både i forhold til å beskytte mennesker, som vil være sosiale formål, og sikkerhet relatert til offentlig orden. Dette taler for at slike sentrale hensyn og formål i fellesskapet vil være formål som er legitime i anvendelsen av EØS art. 59(2)/ EF art. 86(2).

Et annet moment i vurderingen om formålet er legitimt kan være de allmenne hensyn som berettiger unntak fra de fire friheter. Disse allmenne hensyn er lovbestemte og ulovfestede unntak. De lovbestemte følger av EØS art. 13, art. 28 nr.3 og art. 35 og 39, som samsvarer med EF art. 30, art. 39 nr.3 og art. 46, jf. art. 55. Objektive hensyn etter EØS art. 13 er ”hensynet til offentlig moral, orden og sikkerhet, vernet om menneskers og dyrs liv og helse, plantelivet, nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi, eller det industrielle kommersielle rettsvern”. Dette er imidlertid ikke en uttømmende oppregning av hvilke hensyn som kan være objektivt begrunnet. Også ulovfestede hensyn kan være objektivt begrunnet. Læren om de allmenne hensyn er den samme for alle de fire friheter, men det vil selvfølgelig variere fra område til område hvilke konkrete problemstillinger som melder seg og hva slags allmenne hensyn som typisk vil være aktuelle. Domstolen har ikke oppstilt noen uttømmende liste over hvilke allmenne hensyn domstolen alltid godtar. Et forsøk på avgrensning kan imidlertid gjøres ved en negativ avgrensning av hvilke formål som i alle fall ikke godtas. For det første godtas ikke økonomiske hensyn, jf. C-324/93 *Evans Medical* og C-398/95 *SEETTG*. I sistnevnte sak uttalte EF-domstolen at ”opretholdelse af arbejdsfreden som middel til at bringe en kollektiv konflikt til ophør og således undgå, at en økonomisk sektor, og dermed et lands økonomi, lider negative følger deraf, må imidlertid betragtes som et formål af økonomisk art, der ikke kan betragtes som et alment hensyn”. Et annet hensyn som ikke godtas er forvaltningshensyn. For eksempel hensynet til å forenkle forvaltningens arbeidsoppgaver, jf. C-187/96 *Arblade*.

På den annen side er det godtatt forbrukervern, beskyttelse av den offentlige sunnhet, god forretningsskikk, effektiv skatteinndrivelse, miljøhensyn, arbeidsmiljøhensyn og kulturhensyn som objektive begrunnelser for unntak fra de fire friheter.⁷³

Er alle disse hensyn legitime formål ved en tjeneste av allmenn økonomisk betydning? Forbrukervern er et sentralt hensyn i Fellesskapet, jf. EF art 3 nr. 1 litra t.

Hvitboken gir dette hensynet en sentral plass også for tjenester av allmenn økonomisk betydning ettersom et av de felles elementene er bruker- og forbrukerbeskyttelse.⁷⁴ Disse verdiene reflekterer Fellesskapets verdier og mål. Hensynet til forbrukere er følgelig et legitimt hensyn også for tjenester av allmenn økonomisk betydning.

Det samme gjelder for miljøhensyn, beskyttelse av den offentlige sunnhet og arbeidsmiljøhensyn. Dette er alle sentrale hensyn som må anses som legitime også for tjenester av allmenn økonomisk betydning.

Hensynet til effektiv skatteinndrivelse kan vel vanskelig sees som et formål ved tjenester av allmenn økonomisk betydning ettersom det ikke vil være noe behov for befolkningen, eller grupper av befolkningen, for at en tjeneste med dette hensyn skal gjøres tilgjengelig. Dette vil ikke være en tjeneste som andre enn staten kan benytte seg av.

Kulturhensyn vil eksempelvis kunne begrunne en tjeneste av allmenn økonomisk betydning dersom staten gir støtte til et teater for at det skal kunne sette lavere priser på forestillinger. Formålet er at flere skal ha mulighet til å delta i kulturlivet, noe staten anser som viktig for å øke den nasjonale kulturkunnskap. Staten mener det er et behov for en større kulturkunnskap. Vil dette være et legitimt formål? Det følger av EF art. 87 nr. 3 litra d at ”støtte til fremme av kulturen og vern av kulturarven, når slik støtte ikke endrer vilkårene for samhandelen og konkurransen i Fellesskapet i en utstrekning som strider mot de felles interesser”, kan anses forenlig med det felles marked. Dette viser at kulturhensyn er formål som i Fellesskapet kan anses legitime. Dette må selvfølgelig vurderes i det konkrete tilfellet og de spesielle karakteristikker for tjenester av allmenn økonomisk betydning må foreligge.

⁷³ Jf. sak 120/78 *Cassis de Dijon* og C-379/98 *Preussen Elektra*.

⁷⁴ Jf. punkt 2.1.

Ingen av disse legitime allmenne hensyn strider mot de sentrale hensyn og formål i Fellesskapet, og er således ingen trussel mot oppnåelsen av det indre marked. Derimot vil økonomiske eller proteksjonistiske hensyn ved å skjerme eget næringsliv fra konkurranse fra andre medlemsstater, for å øke den nasjonale økonomi, være hensyn som ikke er legitime. Disse hensyn strider mot selve grunntanken og hovedformålet i EU om et indre marked med fri flyt av arbeidskraft, kapital, varer og tjenester og like konkurransevilkår uavhengig av nasjonalitet. Ikke-diskrimineringsprinsippet begrunner også at slike hensyn ikke vil være legitime, jf. EF art. 12 og EØS art. 4.

Egne økonomisk interesser kan ikke begrunne tilsidesettelsen av konkurransereglene og målsetningen om et indre marked.

Det kan vanskelig gis en konklusjon over hva som er legitime og hva som ikke er legitime formål. Dette må vurderes i hvert enkelt tilfelle. Det avgjørende er imidlertid om formålet er i en åpenbar motsetning til fellesskapets interesser og formål.

5.2.2 Organisering

Det må videre vurderes hvorvidt medlemsstatens skjønn referer seg til tjenestens organisering. Nærhetsprinsippet taler også for at medlemsstatene har skjønn til å avgjøre hvordan tjenesten skal organiseres. Hvordan tjenesten skal tilbys ligger i grenseland mellom organisering og innhold. Jeg vil behandle det under organisering fordi det relaterer seg til hvordan tjenesten skal utføres. Tjenesten kan eksempelvis tilbys gjennom internett eller butikk, eller kanskje på døra. Hvordan tjenesten tilbys har betydning for hvorvidt tjenesten kan sies å være tilgjengelig.

Det finnes ikke mye rettspraksis av EF-domstolen og EFTA-domstolen som behandler dette spørsmålet. Førsteinstansens avgjørelse i T-106/95 *FFSA* sier imidlertid at ”kommissionen, da der ikke gælder nogen faelleskabsretlig ordning paa omraadet, savner befoejelse til at tage stilling til vilkaarene for udfoerelsen og omfanget af en offentlig virksomheds offentligretlige opgaver”. Denne ordlyden illustrerer at medlemsstaten har et skjønn mht tjenestens organisasjon, jf. ”vilkaarene for udfoerelsen”. Vilkår for utførelse

relaterer seg til hvordan tjenesten skal utføres og dette vil være en del av organiseringen. Kommisjonen ”savner beføyelse” til å ta stilling til dette, som igjen betyr at dette er en del av medlemsstatens skjønn. Medlemsstatens skjønn til å fastsette hvordan tjenesten skal organiseres følger også av Kommisjonens hvitbok. Kommisjonen slo fast at det hovedsakelig er opp til den relevante nasjonale, regionale eller lokale myndighet å definere, organisere, finansiere og kontrollere tjenester av allmenn betydning.⁷⁵ Skjønnsutøvelsen begrenses av åpenbare feil. Åpenbare feil kan eksempelvis foreligge dersom valg av organisering fører til at tjenesten ikke er tilgjengelig. Det følger av grønnboken at med hensyn til tilretteleggelse av en tjenesten av allmenn økonomisk betydning kan medlemsstatene fritt beslutte hvordan tjenesten skal drives, forutsatt at fellesskapsregler er tatt i betraktning.⁷⁶ Det er videre opp til staten om de tilbyr disse tjenester direkte gjennom deres egen administrasjon eller hvorvidt de tilegger en tredjepart oppgaven. Det er imidlertid visse krav til valg av leverandør av ytelsen m.v., jf. *Altmark*. Det følger av disse rettskildene at organisering av tjenester av allmenn økonomisk betydning således er en del av medlemsstaten skjønn.

5.2.3 Innhold

Det neste spørsmålet er om medlemsstatenes skjønn referer seg til tjenestens innhold. Nærhetsprinsippet taler også for at skjønnet referer seg til tjenestens innhold. Tjenestens innhold relaterer seg først og fremst til tjenestens pris og kvalitet. Samtidig omfatter innholdet også betingelser i tjenesten og vilkår for å motta tjenesten. Har medlemsstaten skjønn til å bestemme tjenestens pris, kvalitet og betingelser? Generaladvokat Tizzanos innstilling i C-53/00 *Ferring* uttalte at det er klart etter rettspraksis at det i fravær av harmoniserte regler på området, ikke er opp til Fellesskapsinstitusjonene å gi avgjørelser på bakgrunn av den offentlige tjenesten tildelt den offentlige operatøren, som kostnadsnivå i forhold til tjenesten, hensiktsmessigheten av

⁷⁵ Jf. hvitboken punkt 2.3. Se Annex 2 punkt 7.

⁷⁶ Jf. avsnitt 79.

de politiske valg gjort av de nasjonale myndigheter eller foretakets økonomiske effektivitet. Videre uttalte Førsteinstansretten i *FFSA* ,para 108, at ”hvor store omkostninger der kan være forbundet med opfyldelsen af disse forpligtelse” er en del av medlemsstatens skjønn. Medlemsstatene kalkulerer hvor mye støtte som er nødvendig for å utføre tjenesten. Hvor mye støtte som er nødvendig vil variere i forhold til hvilken pris det er ønskelig at tjenesten skal ha. Fastsettelsen av tjenestens pris er en del av medlemsstatens skjønn.

Det følger videre av Kommisjonens hvitbok at offentlige myndigheter fortsatt må ha myndigheten til å sikre at definerte offentlige politiske mål effektivt blir oppnådd og at demokratiske valg blir respektert. Dette inkluderer kvalitetsnivå og de påfølgende kostnader⁷⁷. Kvalitetsnivå er hvor høy kvaliteten på tjenesten skal være. Kvaliteten relaterer seg til tjenestens tekniske kvaliteter, effektivitet, brukervennlighet m.v.

Grønnboken behandler tjenestens innhold i avsnitt 81. Avsnittet omhandler egentlig valg av leverandør, som må tilfredstille visse krav og prinsipper, slik at tjenesten blir tilbudt til de økonomisk mest fordelaktige betingelser tilgjengelig. Det relevante i denne henseende følger deretter, hvor Kommisjonen uttaler at innenfor disse rammer er offentlige myndigheter fortsatt fri til å definere tjenestens karakteristikk, inkludert krav i forhold til tjenestens kvalitet for å oppnå formålet.

Det følger av disse rettskilder at medlemsstaten har skjønn til å fastsette tjenestens innhold. Det er for så vidt en begrensning på hvor dårlig kvalitetsnivået kan være og hvor høy prisen kan være. Når det gjelder pris er det et krav om at prisen må være rimelig.⁷⁸ Kvaliteten på tjenesten må også være av en viss kvalitet.⁷⁹

Hva som imidlertid er rimelig pris og god kvalitet er en del av medlemsstatens skjønn, ettersom det vil være variasjoner på hva som anses rimelig i en stat i forhold til en annen. Også kvalitetsnivået vil variere ettersom det vil være variasjoner på tekniske fremskritt, effektivitet, ressurser osv i den enkelte medlemsstat som gir medlemsstaten større eller mindre mulighet til å yte en like god tjeneste som andre medlemsstater. Kvalitet og pris må

⁷⁷ Jf. hvitboken punkt 2.2.

⁷⁸ Jf. ovenfor punkt 4.2.3

⁷⁹ Jf. ovenfor punkt 4.2.4

sammenlignes med forholdene i andre medlemsstater for å vurdere om det er god nok kvalitet og rimelig pris. For at en pris skal være rimelig må kravet til tilgjengelighet være tilfredstilt.

Det er også begrensninger i forhold til hvilke betingelser et tiltak kan inneholde.

Medlemsstater har skjønn til å avgjøre om det skal være betingelser og eventuelt hvilke betingelser som skal fastsettes, men skjønnets begrensning av åpenbare feil.

EFTA-domstolen vurderte i *Husbanden II* betingelsene for å motta tjenesten i vurderingen om skjønnets innebar åpenbare feil. I *Islands husbank* vurderte derimot ikke domstolen om det var en åpenbar feil i medlemsstatens skjønn mht fastsettelsen av slike betingelser, men anvendte heller proporsjonalitetsprinsippet. Det kan diskuteres om domstolen heller skulle vurdert dette innenfor medlemsstatens skjønnsmargin. Dette vil jeg komme tilbake til nedenfor under forholdet mellom medlemsstatens skjønn og proporsjonalitetsprinsippet.

5.2.4 Finansiering

Det må videre vurderes hvorvidt skjønnets referer seg til finansieringen av tjenesten. Som nevnt ovenfor følger det av hvitboken at det hovedsakelig er opp til den relevante nasjonale, regionale, eller lokale myndighet å finansiere tjenester av allmenn økonomisk betydning.⁸⁰

Finansiering relaterer seg både til finansieringsmåte og finansieringsnivå. Har medlemsstatene skjønn til å bestemme både finansieringsmåte og finansieringsnivå?

Finansieringsmekanismer kan eksempelvis være støtte gjennom statsbudsjettet eller fond.

En annen mekanisme kan være at staten gir et foretak eksklusive rettigheter eller plikter, for eksempel gjennom å gi monopol. Dette dreier seg altså om finansieringsmåten.

Det følger av hvitboken, punkt 4.2 andre avsnitt, at ettersom finansieringsmåten ofte følger av politiske valg har medlemsstatene en vid skjønnsmargin i vurderingen av hvorvidt og på hvilken måte en tjeneste av allmenn økonomisk betydning skal finansieres.⁸¹

Finansieringsnivået gjelder hvor stort beløpet er eller hvor mye støtte foretaket skal få.

⁸⁰ Jf. hvitboken punkt 2.3.

⁸¹ Se også hvitboken Annex 2 punkt 8.

Det følger av grønnboken, avsnitt 85, at det er opp til medlemsstaten å sikre finansieringen av tjenester av allmenn økonomisk betydning og kalkulere de ekstra kostnadene ved å tilby disse tjenesten.

Således har medlemsstaten skjønn til å fastsette hvor mye finansiering som er nødvendig. Medlemsstatens skjønnsmargin mht vurderingen om hvorvidt og på hvilken måte en tjeneste av allmenn økonomisk betydning begrenses av fellesskapets interesse i at konkurransen ikke skal hindres.⁸² Grønnboken utdyper dette nærmere i avsnitt 88 der det uttales at det må sikres at finansieringsmåte som er valgt ikke urimelig begrenser oppnåelsen av det indre marked. Dette viser at åpenbare feil ved skjønnsutøvelsen vil være finansiering som urimelig begrenser konkurransen og oppnåelsen av det indre marked. Fellesskapets interesser setter således begrensninger for medlemsstatens skjønn til å fastsette finansieringen av tjenesten.

5.2.5 Kontroll

Det er en forutsetning for at en tjeneste av allmenn økonomisk betydning fungerer tilstrekkelig at det føres kontroll for å forsikre at tjenesten ytes på de avtalte vilkår og av tilstrekkelig kvalitet, pris osv.

Medlemsstaten er nærmest til å føre kontroll med tjenester av allmenn økonomisk betydning. Det vil være umulig for Kommisjonen og ESA å føre kontroll med at alle tjenester av allmenn økonomisk betydning i de forskjellige medlemsstater er tilfredstillende utført. Dette taler for at det er en del av medlemsstatens skjønn på hvilke måter osv kontroll skal foregå.

Det følger også av hvitboken at det hovedsakelig opp til den relevante nasjonale, regionale, eller lokale myndighet å kontrollere tjenester av allmenn økonomisk betydning.⁸³

En slik kontroll skal sikre opprettholdelse og utvikling av tilgjengelige, rimelige og effektive tjenester av allmenn økonomisk betydning av høy kvalitet. Dette er et viktig mål i

⁸² Jf. hvitboken punkt 4.2.

⁸³ Jf. hvitboken punkt 2.3 og Annex 2, punkt 9.

fellesskapet, jf. EF art. 16 og ECFR art. 36.⁸⁴ Dette krever en evaluering av hvordan tjenestene fungerer. En tilstrekkelig evaluering forutsetter gjennomsiktighet og kontrollmyndigheters adgang til informasjon.⁸⁵

Begrensningen i skjønnet relaterer seg til at det må være tilstrekkelig evaluering og kontroll, slik at målene blir oppnådd. Det vil ikke være en åpenbar feil vurdering i en slik evaluering, ettersom det enda ikke er noen regler for evaluering av tjenestene som må følges. Medlemsstatene har full jurisdiksjon til å evaluere og kontrollere tjenesten, men Kommisjonen og ESA kan selvfølgelig gå til sak hvis de mener det ikke foreligger en tjeneste av allmenn økonomisk betydning.

5.3 Tjenesten må være klart definert

Det er et eget vilkår at tjenester av allmenn økonomisk betydning må være klart definert. Medlemsstaten har en plikt til å definere tjenesten klart. Dersom dette ikke er gjort vil bestemmelsens vilkår ikke være oppfylt.

Hva som må til for at en tjenesten er klart definert følger av rettspraksis, jf. *Altmark*, *Island husbank* premiss 67 og *Husbanken II* premiss 47 og 48. Jeg vil ikke gå nærmere inn på dette kravet ettersom det ikke er av betydning for denne fremstillingens problemstilling.

6 Forholdet mellom medlemsstatens skjønn og de øvrige vilkårene i regelen i EØS art. 59(2)

6.1 Proporsjonalitetsprinsippet

Det fjerde vilkåret som må være oppfylt for at EØS art. 59(2) skal komme til anvendelse er kriteriet om at foretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre en tjeneste av allmenn økonomisk betydning, skal være undergitt reglene i EØS-avtalen ”i den utstrekning

⁸⁴ Se også grønnboken punkt 4.3.

⁸⁵ Se hvitboken punkt 3.5.

anvendelsen av disse regler ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem”. Rettslig hindring kan eksempelvis foreligge hvor EØS art. 61 forbyr staten å gi statsstøtte til et selskap som leverer elektrisk kraft og som er pålagt oppgaven å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning. Da vil denne bestemmelsen rettslig sett være en hindring for at staten kan gi støtte. Faktisk hindring foreligger dersom markedsforholdene etter anvendelsen av art 61 gjør det umulig for foretaket å utøve de pålagte oppgavene. Foretaket vil ikke ha mulighet til å gjøre denne tjenesten tilgjengelig for alle fordi det ikke er økonomisk lønnsomt. Det er nødvendig med statsstøtte for at denne tjeneste skal bli tilgjengelig for alle. Det avgjørende er om støtten/tiltaket er nødvendig for at foretaket skal kunne utføre oppgaven.

EØS art. 59(2) er en unntaksbestemmelse og skal følgelig tolkes restriktivt.⁸⁶ Det vil derfor være naturlig at bare tiltak som virkelig er nødvendig kan begrunne et unntak fra traktatens bestemmelser, nettopp for å beskytte Fellesskapets interesser. EF-traktatens formål om oppfyllelsen av et indre marked, med fri konkurranse, begrunner at unntak fra traktatsreglene må tolkes strengt.

EF-domstolen, Førsteinstansretten og EFTA-domstolen har tolket og utviklet vilkårets innhold og det følger av deres praksis at vilkåret viser til en proporsjonalitetsvurdering.⁸⁷ Proporsjonalitetsprinsippet er et viktig prinsipp i Fellesskapet, jf. EF art. 5. Kommisjonen presiserer i sin meddelelse om tjenester av allmenn betydning i Europa at proporsjonalitetsprinsippet er et sentralt prinsipp i anvendelsen av EF art. 86(2)/ EØS art. 59(2).⁸⁸ Kommisjonen uttaler videre at tiltakene som brukes til å oppfylle de allmenne interesser ikke skal skape unødvendig begrensning av handelen.⁸⁹ Særlig restriksjoner på konkurransen eller begrensninger på de fire friheter i det indre marked må ikke overstige

⁸⁶ Jf. sak C-127/73 *BRT*, premiss 19, C-242/95 *GT-Link* premiss 50, C-157/94 premiss 37 og C-159/94 premiss 53.

⁸⁷ Jf. E-4/97 *Husbanken II*, E-9/04 *Islands husbank*, C-159/94 og C-209/98 *Sydhavnens steen og grus*.

⁸⁸ Jf. punkt 4 og 20.

⁸⁹ Jf. punkt 23.

hva som er nødvendig for å garantere en effektiv gjennomføring av oppgaven. Det må være forholdsmessighet mellom mål og middel.

Proporsjonalitetsprinsippet setter begrensninger for tiltak som ikke er forholdsmessig i forhold til de traktatsforpliktelser som brytes. Det må balanseres mellom to konkurrerende formål. Det ene er utøvelsen av tjenesten av allmenn økonomisk betydning og det andre er kravet om å beskytte interessene til de kontraherende partene på det åpne markedet. Det må foretas en interesseavveining der hensynet til fellesskapsrettens effektivitet må holdes mot betydning av å la foretaket utføre de særlige oppgaver det er tillagt.

Proporsjonalitetsprinsippet består av en egnethetsvurdering, en nødvendighetsvurdering og en proporsjonalitetsvurdering i snever forstand/stricto sensu.⁹⁰ Jeg vil behandle disse tre faktorene nedenfor, slik de har betydning for tjenester av allmenn økonomisk betydning.

6.1.1 Egnethet

Egnethetsvurderingen innebærer en vurdering av hvorvidt tiltaket er egnet til å oppnå formålet. En prinsippavgjørelse fra EF-domstolen angående egnethet er sak C-415/93 *Bosman* som gjaldt fri flyt av arbeidskraft. Spørsmålet i saken var hvorvidt det var legitimt å fastsette en grense på hvor mange utlendinger som kunne spille på ett klubb lag.

Domstolen kom til at dette tiltaket ikke var egnet til å oppnå formålet om jevne kamper ettersom regelen ikke hindret klubber å kjøpe opp alle de beste nasjonale spillerne og slik ville det fortsatt ikke være jevne kamper.

En tjeneste av allmenn økonomisk betydning som har til formål å gjøre tjenesten tilgjengelig for alle, må altså være egnet til å føre til at tjenesten faktisk blir tilgjengelig. EFTA-domstolen uttalte i *Islands husbank* at tiltaket måtte være egnet til å oppnå formålet, jf. premiss 69. Domstolen så på tiltakets virkninger i markedet som moment for hvorvidt tiltaket var egnet til å oppnå formålet. Tiltaket var egnet ettersom virkningene av de mer fordelaktige lånebetingelsene var at flere islendinger fikk råd til å kjøpe bolig.

⁹⁰ Jf. Craig and De Burca (1998) s. 350-352.

En egnethetsvurdering veier for så vidt ikke opp mot Fellesskapets interesser. Det vurderes ensidig om tiltaket er egnet til å oppnå formålet. Således vil ikke egnethetsvurderingen være en begrensning på medlemsstatens skjønn i forhold til Fellesskapets interesser.

6.1.2 Nødvendighet

Proporsjonalitetsvurderingen inneholder videre en vurdering om tiltaket er *nødvendig* for å oppnå formålet.

Det første som må vurderes i denne nødvendighetsvurderingen er hvorvidt markedet tilbyr tjenesten på tilsvarende betingelser. Det er en forutsetning for at staten skal kunne gi støtte til et foretak for å tilby en tjeneste av allmenn økonomisk betydning at markedet ikke tilbyr tjenesten på tilsvarende vilkår, ettersom det da ikke ville være noe behov for å gi støtte til et foretak for å utøve denne tjenesten.

Både i *Husbanken II* og *Islands husbank* fastsatte henholdsvis Norge og Island tiltak for å kunne tilby lån til mer fordelaktige vilkår enn det markedet kunne tilby. EFTA-domstolen måtte da vurdere om markedet kunne tilby lån på like vilkår som husbankene i Norge og Island. Domstolen kom i begge saker til at huslånene ikke ble tilbudt på like fordelaktige vilkår i markedene. Så langt var tiltaket nødvendig.

Videre må det vurderes om støtten er nødvendig for at foretaket skal kunne utføre oppgaven. Vurderingsmomenter er her foretakets økonomiske forhold og kostnader ved å yte tjenesten⁹¹.

Det følger av rettspraksis at det for at nødvendighetskriteriet skal være oppfylt ikke er nødvendig at den finansielle balanse eller de økonomiske overlevelsesmuligheter for virksomheten er truet, det er tilstrekkelig at det ikke vil være mulig for foretaket å utføre tjenesten, eller at opprettholdelsen av disse rettigheter er nødvendig for foretaket for å utføre sin oppgave av allmenn økonomisk betydning på ”acceptable økonomiske vilkår”.⁹² Det må tas utgangspunkt i at det foretaket som har påtatt seg denne oppgaven er forpliktet

⁹¹ Jf. sak C-393/92 *Almelo*, premiss 49.

⁹² Jf. sak C-320/91 *Corbeau*, premiss 14-16, sak C-67/96 *Albany*, premiss 107, sak C-159/94 *Kommisjonen v Frankrike*, premiss 43, sak C-340/99 *TNT Traco*, premiss 54 og E-9/04 *Islands husbank*, premiss 73.

til å sikre tjenesteytelser på rimelige økonomiske vilkår og det forutsettes derfor at foretaket kan foreta en utligning mellom lønnsomme og mindre lønnsomme aktivitetsområder. Det må skapes en finansiell likevekt. Virksomheten skal ikke rammes finansielt ved å være pålagt oppgaver av allmenn økonomisk betydning.⁹³ Videre må det vurderes om formålet kunne vært oppnådd på andre måter som ville ha vært et mindre hinder for samhandelen.⁹⁴ Kunne mindre restriktive alternativer vært benyttet?. EFTA-domstolen vurderte i Islands husbank hvorvidt et slikt lån kunne tilbys på samme "manageable terms" uten eller med mindre statsstøtte. Domstolen fant det ikke tvilsomt at støtten var nødvendig for å dekke forventet tap og for å utføre tjenesten på økonomisk akseptable vilkår. Dette betydde imidlertid ikke at tiltaket nødvendigvis var i samsvar med EØS-avtalen. Det måtte videre vurderes hvorvidt det fantes alternative tiltak som var mindre restriktive. Når det gjelder statsstøtte vil spørsmålet for det første være om mindre støtte vil være tilstrekkelig til å oppnå formålet. I premiss 76 sier EFTA-domstolen at det også må vurderes hvorvidt betingelsene for at lån ble gitt ikke gikk lenger enn det som var nødvendig for at HFF skulle kunne utføre oppgaven som var tillagt dem. Det var altså ikke tilstrekkelig å vurdere hvorvidt selve støtten var nødvendig, men også lånebetingelsene. Domstolen foretok her en overprøving av den nasjonale vurdering av innholdet av tjenesten. Selv om formålet bak tjenesten var legitimt var ESA nødt til å sikre at offentlig innblanding ikke, i realiteten, forfulgte andre mål enn de som var definert av islandsk rett og overskred det som var nødvendig for å oppnå det definerte mål.

6.1.3 Forholdsmessighet i snever forstand

Proporsjonalitetsvurdering *stricto sensu* vil si proporsjonalitetsvurdering i snever forstand. Dette er den tredje vurderingsfaktoren i proporsjonalitetsprinsippet. Det må være forholdsmessighet mellom det formål som begrunner tjenesten og fellesskapets interesser.

⁹³ Jf. sak C-320/91 *Corbeau*, premiss 17 og forente saker C-147/97 og C-148/97 *Deutsche Post AG*, premiss 49 og 50.

⁹⁴ Jf. sak C-172/00 *Ferring II*, premiss 32, sak C-209/98 *Sydhavnens steen og grus*, premiss 80.

Forholdsmessighetsvurderingen innebærer en avveining av verdier mot hverandre for hvorvidt de nasjonale myndigheter har gått for langt i å prioritere hensynet til det legitime formål i forhold til Fellesskapets interesser. De motstridende interesser må konkretiseres for å kunne veies mot hverandre.⁹⁵ I *Husbanken II* sa EFTA-domstolen at Norges interesse var adgangen til å regulere norsk boligpolitikk i samsvar med de fastsatt politiske mål, jf. premiss 70. Denne interessen måtte veies mot EØS-interessen som her var hensynet til fri flyt av tjenester, jf. premiss 80. I *Islands husbank* var EØS-interessen hensynet til fri flyt av tjenester og kapital, samt etableringsretten, jf. premiss 80. Fellesskapets interesser vil for så vidt alltid være interessen i å oppnå et indre marked med like konkurransevilkår og fri flyt av de fire friheter, ettersom dette er Fellesskapets formål. Det må imidlertid konkretiseres nærmere bestemt hvilke av disse interessene som er sentrale i den aktuelle sak.

EFTA-domstolen foretok i *Islands husbank* denne balanseringen av interesser i vilkåret om at utviklingen av samhandelen ikke må påvirkes. Således behandlet domstolen både vilkåret om at traktatsbestemmelsene hindrer utøvelsen av oppgaven og vilkåret om at utviklingen av samhandelen ikke må påvirkes under proporsjonalitetsprinsippet. Dette kommer jeg tilbake til nedenfor i punkt 6.2 i vilkåret om at utviklingen av samhandelen ikke må påvirkes i et omfang som strider mot Fellesskapets interesser.

Dersom virkningene på Fellesskapet er uforholdsmessig tyngende i forhold til det som søkes oppnådd vil proporsjonalitetsprinsippet sette en begrensning for tiltaket.

6.1.4 Forholdet mellom medlemsstatens skjønn og proporsjonalitetsprinsippet

Medlemsstatens skjønn i fastsettelsen av tjenester av allmenn økonomisk betydning begrenses av fellesskapets interesser, gjennom ”manifest error”-vurderingen.⁹⁶

Proporsjonalitetsprinsippet begrenser bestemmelsens anvendelse til tiltak som er strengt nødvendig og forholdsmessige. Proporsjonalitetsvurderingen anvendes for så vidt ikke i vurderingen om medlemsstatens skjønn innebærer åpenbare feil, og således ikke i vilkåret om det foreligger en tjeneste av allmenn økonomisk betydning. Proporsjonalitetsprinsippet kommer til anvendelse når det er fastslått at det faktisk foreligger en tjeneste av allmenn

⁹⁵ Se Craig and De Burca (1998) s. 350.

⁹⁶ Jf. ovenfor punkt 5.1.

økonomisk betydning og staten ikke har gått utenfor sitt skjønn. Proporsjonalitetsprinsippet vurderer da om tiltaket er nødvendig og om formålet som den aktuelle tjenesten søker å oppnå er uforholdsmessig i forhold til de interesser konkurransereglene, og herunder statsstøttereglene, søker å beskytte. Proporsjonalitetsvurderingen setter således også begrensninger for medlemsstatens skjønn i og med at tiltaket må være forholdsmessig med de fellesskapsinteresser som tiltaket bryter.

Prinsippene om nøytralitet, fastsettelsesfriheten, dvs. medlemsstatens skjønnsmargin, og proporsjonalitet er tre sentrale prinsipper ved anvendelsen av EF art. 86(2)/ EØS art.

59(2).⁹⁷ De to sistnevnte prinsippene står mot hverandre og gir adgang til en fleksibel og kontekstsensitiv balanse som skal ta hensyn til medlemsstatens forskjellige situasjoner og formål.⁹⁸ Det følger, som nevnt ovenfor, av punkt 23 i Kommisjonens meddelelse at det er særlig viktig at restriksjoner på konkurransen og de fire friheter i det indre marked ikke overstiger det som er nødvendig.

Det må være balanse mellom medlemsstatenes rett til å anvende unntaket, gjennom deres skjønn til å fastsette tjenester av allmenn økonomisk betydning, og fellesskapets interesse i en minimal begrensning av konkurransen. I denne balansegangen vil Kommisjonen ta hensyn til hvorvidt det fra før er konkurranse på markedet og i hvilken grad det relevante marked har blitt liberalisert. I sektorer som har blitt gjenstand for fellesskapslovgivning med formål å etablere en rettferdig og åpen konkurranse med fri flyt av de fire friheter og hvor konkurransen allerede er sterk, vil det være større mulighet for at innblanding av medlemsstaten i disse sektorer vil anses som av særlig begrensende virkninger og således bare kan balanseres av en fellesskapsinteresse som har særlig vekt.⁹⁹ Formålene må settes mot hverandre.

⁹⁷ Jf. COM(2000) 580 final avsnitt 20.

⁹⁸ Jf. punkt 24.

⁹⁹ Jf. Rapport fra Kommisjonen og Rådet om tjenester av allmenn økonomisk betydning i banksektoren (1998), punkt 2.

6.1.4.1 Forholdet til formålet

Åpenbare feil i fastsettelse av tjenestens formål vil foreligge dersom medlemsstaten har fastsatt formål som strider mot Fellesskapets formål og interesser. Slike formål vil ikke være legitime etter fellesskapsretten.¹⁰⁰ Det vil således bli en vurdering av om formålet er legitimt sett i forhold til fellesskapets interesser.

Proporsjonalitetsprinsippet vurderer på sin side hvorvidt støtten er nødvendig for å oppnå formålet og om de nasjonale myndigheter har gått for langt i å prioritere dette formålet i forhold til Fellesskapets interesser. Proporsjonalitetsprinsippet er således ikke en vurdering av formålets legitimitet, men en vurdering av det legitime formålets viktighet i forhold til Fellesskapets interesser. Slik er disse to vurderingene forskjellig.

Proporsjonalitetsvurderingen vil imidlertid være en ytterligere begrensning hvor medlemsstaten har gått for langt i å prioritere dette formålet i forhold til Fellesskapets interesser.

6.1.4.2 Forholdet til innholdet.

Åpenbare feil i medlemsstatens fastsettelse av tjenestens innhold kan være at prisnivået er for høyt eller at kvalitetsnivået er for dårlig. Tjenestens innhold omfatter kvalitet, pris og betingelser, jf. ovenfor. Dersom prisen ikke er rimelig eller kvaliteten ikke er god nok vil ikke Fellesskapets interesser i at tjenesten er tilgjengelig være oppfylt, og det vil være en åpenbar feil i fastsettelsen av tjenestens innhold.

I *Husbanken II* hadde Norge fastsatt visse vilkår for at innbyggerne kunne motta disse mer fordelaktige huslånene. Blant annet var det begrensninger på husenes størrelse og type og det kunne bare lånes til en bolig. Tiltaket var således relatert til behov i visse grupper i samfunnet. EFTA-domstolen vurderte disse betingelsene i forhold til om ESA åpenbart hadde gjort feil i sin skjønnsvurdering av hvorvidt tjenesten var av allmenn økonomisk betydning.¹⁰¹

Proporsjonalitetsprinsippet setter også begrensninger for innholdet ettersom alternative, mindre restriktive, tiltak må vurderes. I EFTA-domstolens avgjørelse i *Islands husbank* var

¹⁰⁰ Jf. ovenfor punkt 5.2.1.

¹⁰¹ Jf. premiss 49 og 50

spørsmålet om det kunne ha vært fastsatt andre lånebetingelser slik at samhandelen ble mindre begrenset. Det var ikke begrensninger på hvor mange boliger man kunne låne til eller hvor store de kunne være. Dersom slike betingelser eksisterte ville samhandelen begrenses mindre og slike betingelser ville også være tilstrekkelig for at HFF kunne utføre tjenesten av allmenn økonomisk betydning. Formålet om at flere islendirer skulle ha råd til å eie bolig ville fortsatt bli oppfylt. EFTA-domstolen vurderte her betingelser for tjenesten i proporsjonalitetsvurderingen. Det kan diskuteres om ikke disse lånebetingelsene er en del av vurderingen av hvorvidt tjenesten er av allmenn økonomisk betydning ettersom det dreier seg om tjenestens nærmere innhold. Det kan se ut som at EFTA-domstolen i *Husbanken II* vurderte tjenestens betingelser i vurderingen om skjønnet innebar åpenbare feil, imens domstolen i *Islands husbank* anvendte proporsjonalitetsprinsippet. Forskjellen på de to sakene var imidlertid at disse betingelsene ikke var et problem i *Husbanken II*, mens lånevilkårene var et problem i *Islandsk husbank* ettersom de førte til at andre formål ble forfulgt enn det formål som var fastsatt. Dessuten kunne det ha vært fastsatt andre lånebetingelser som ville ført til en mindre begrensning av samhandelen. Slik kan tjenestens innhold både begrenses av ”manifest error”-vurderingen og av proporsjonalitetsprinsippet.

6.1.4.3 Forholdet til finansieringen

I forhold til fastsettelsen av finansieringen av en tjeneste av allmenn økonomisk betydning, presiserer Kommisjonen i hvitbokens punkt 4.2 at skjønnet begrenses av Fellesskapets interesse i at konkurransen ikke skal hindres. Grønnboken sier også i avsnitt 81 at skjønnet ikke urimelig må begrense oppnåelsen av det indre marked. Disse vurderingsmomenter er de samme som anvendes i proporsjonalitetsprinsippet. Proporsjonalitetsprinsippet innebærer på sin side en vurdering av hvorvidt finansieringen er egnet til å oppfylle formålet, hvorvidt finansieringen, dvs den støtten staten har gitt, er nødvendig og herunder om mindre statsstøtte ville vært tilstrekkelig. Samtidig vurderes om det finnes mindre restriktive finansieringsmåter.

Dette kan imidlertid også vurderes i spørsmålet om medlemsstatens skjønnsutøvelse innebærer åpenbare feil. Medlemsstaten må ta hensyn til at finansieringsnivået er

nødvendig, og ikke går lenger enn det som er nødvendig for at foretaket kan utføre tjenesten. Dersom medlemsstaten gir foretaket støtte som langt overstiger hva som er nødvendig, vil jo dette være en åpenbar feil i medlemsstatens fastsettelse av finansieringsnivået. Således vil verken vilkåret om ”tjenester av allmenn økonomisk betydning” eller vilkåret om at traktatsbestemmelsene ”rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver” tillagt dem være oppfylt.

Når det gjelder finansieringsmåte kan åpenbare feil være at den mest begrensende finansieringsmåte er valgt. De sektorreguleringer som også behandler finansieringen av tjenester av allmenn økonomisk betydning har regler om å anvende den minst restriktive finansieringsmåte.¹⁰² Utenfor de sektorregulerte områder er det imidlertid en del av medlemsstatens skjønn å vurdere hvordan tjenesten skal finansieres og dette taler for at det ikke er nødvendig å velge den minst restriktive måten på disse områder. Men hvor medlemsstaten anvender den *mest* restriktive finansieringsmåte vil dette kunne være en åpenbar feil. Proporsjonalitetsprinsippet setter på sin side også begrensning for finansieringsmåten i og med at den minst restriktive måte skal benyttes, slik at fellesskapets interesser begrenses minst mulig. Slik vil det likevel være et krav om at medlemsstaten velger den minst restriktive finansieringsmåte i forhold til fellesskapets interesser.

Disse momentene illustrerer at medlemsstatens skjønnsmargin i realiteten begrenses av proporsjonalitetsprinsippet. Men nærmere bestemt hvilken betydning har dette for medlemsstatens skjønnsmargin?

6.1.5 Gjør proporsjonalitetsvurderingen skjønnsmarginen illusorisk?

Vurderingene ovenfor illustrer at noen av de samme vurderingsmomenter inngår i skjønnsmarginen og proporsjonalitetsprinsippet.

Proporsjonalitetsvurderingen går imidlertid lenger enn vurderingen av skjønnsmarginen, i og med at proporsjonalitetsprinsippet omfatter både en egnethetsvurdering, en nødvendighetsvurdering og en proporsjonalitetsvurdering i snever forstand.

¹⁰² Jf. grønnboken avsnitt 90.

Domstolene har vanligvis vært svært forsiktig med å gå inn på temaet om medlemsstatens skjønn til å avgjøre hva de anser som en tjeneste av allmenn økonomisk betydning. Det er uklart i hvor stor grad domstolene kan blande seg inn i denne prosessen ettersom ”manifest error”-vurderingen av medlemsstatens skjønn er et løst konsept. Dette kan begrunne at domstolene heller anvender proporsjonalitetsprinsippet og indirekte foretar en ”manifest error”-vurdering i proporsjonalitetsvurderingen. Ettersom medlemsstatens skjønn også er et noe betent tema i EF-retten siden medlemsstatene setter suverenitetsprinsippet høyt mens Fellesskapet, på den annen side, er redd for innvirkningen på det indre marked, begrunner dette at domstolene velger å unngå en ”manifest error”-vurdering. Demokratiske valg og politiske målsettinger begrunner medlemsstatens fastsettelse av tjenester av allmenn økonomisk betydning og derfor er det viktig at medlemsstatene har en vid skjønnsutøvelse på dette området.

Det kan spørres om det er et behov for en ”manifest error”-vurdering ettersom domstolene heller kan anvende proporsjonalitetsprinsippet.

Rettstekniske hensyn taler for at det ikke er nødvendig med en vurdering av åpenbare feil når denne vurderingen kan foretas under proporsjonalitetsvurderingen. Det vil være overflødig og unødvendig å foreta både en inngående ”manifest error”-vurdering og en proporsjonalitetsvurdering. Proporsjonalitetsprinsippet gjør følgelig skjønnsmarginen illusorisk.

6.2 Påvirkning på utviklingen av samhandelen

Utviklingen av samhandelen må ikke påvirkes i et omfang som strider mot avtalepartenes interesser. Dette følger av annet ledd siste punktum og er bestemmelsens siste vilkår. Ordlyden sier at ”Utviklingen av samhandelen” ikke må påvirkes. Dette kan sammenlignes med EØS art. 53, 54 og 61, som samsvarer med EF art. 81, 82 og 87. Etter disse bestemmelsene må det såkalte samhandelskriteriet¹⁰³ være oppfylt for at det skal foreligge konkurransebegrensende statsstøtte etter statsstøttereglene. Ordlyden i disse bestemmelsen er imidlertid ”påvirker samhandelen” og ”handelen” og ikke påvirkning på ”Utviklingen av

¹⁰³ Om samhandelskriteriet se Sejersted m.fl. (2003) s. 609.

samhandelen”. Det er grunn til å tro at traktatens forfattere derfor har ansett kriteriet i EF art. 86(2) som noe annet enn samhandelskriteriet ettersom det konsekvent ellers er brukt påvirkning av samhandelen eller handelen. I forhold til statsstøtteregele vil dessuten samhandelskriteriet ved anvendelse av EØS art. 59(2)/EF art. 86(2) allerede være brutt ettersom dette er en unntaksbestemmelse blant annet fra statsstøtteregele. Hvis EØS art. 59(2)/EF art. 86(2) skal ha noen betydning over hodet kan det ikke være tilstrekkelig at samhandelen skal være påvirket. Traktatens system gjør at det må mer til for at dette vilkåret skal være oppfylt.

”Utviklingen” av samhandelen betyr en forandring, i en negativ eller positiv retning, på hele samhandelen. En positiv utvikling av samhandelen er eksempelvis dersom en stats sektor har blitt fullt integrert i det europeiske marked. Dette vil ha betydning for utviklingen av samhandelen med energi innefor hele Fellesskapet. Det er imidlertid bare negativ påvirkning på utviklingen som strider mot EØS art. 59(2). Enerettigheter på import kan eksempelvis hindre ytterligere innførsler fra andre medlemsstater i Fellesskapet. Slik har dette betydning for hele utviklingen av samhandelen.

For å vurdere hvorvidt utviklingen av samhandelen er påvirket er det nødvendig å definere det relevante marked, jf. *Island Husbank*, Premiss 81. Dette faller utenfor oppgavens problemstilling og vil ikke behandles.¹⁰⁴

Utviklingen av samhandelen må ikke påvirkes i et omfang som strider mot ”avtalepartenes” (EØS) eller ”Fellesskapets” (EF) interesser.¹⁰⁵ Denne ordlyden taler for at anvendelsen av unntaksbestemmelsen må veies mot Fellesskapets interesser. Det følger også av rettpraksis at medlemsstatens rett og interesse i å anvende unntaksbestemmelsen må balanseres mot avtalepartenes interesse i å unngå begrensning av konkurransen, jf. *Islands husbank*, premiss 80 og *Husbanken II*, premiss 70. EFTA-domstolen foretar her en

¹⁰⁴ Om defineringen av det relevante marked, se Richard Wish s. 23-48 og Sejersted m.fl (2003) s. 510-512.

¹⁰⁵ Jeg anvender begrepet ”Fellesskapets interesser” videre, ettersom dette konsekvent er brukt i denne fremstillingen.

forholdsmessighetsvurdering i snever forstand og behandler dette vilkåret som en del av proporsjonalitetsvurderingen.

I C-159/94 uttalte EF-domstolen at Fellesskapets interesse måtte defineres ”i forhold til hvilken utviklingen i samhandelen skal vurderes”.¹⁰⁶ Fellesskapets interesse måtte konkretiseres for å kunne vurdere om utviklingen av samhandelen var påvirket. Det kan se ut som at EF-domstolen med dette henviser til en forholdsmessighetsvurdering *stricto sensu*, saml. punk 6.1.3 ovenfor.

Disse dommene taler for at vilkåret er et særskilt utslag av proporsjonalitetsprinsippet, nærmere bestemt av kravet til forholdsmessighetsvurdering i snever forstand.

I EFTA-domstolens videre anvendelse av dette vilkåret i *Husbanken II* og *Islands husbank* uttalte domstolen at vilkåret innebærer en negativ test hvor det skal vurderes hvorvidt tiltaket ikke er uproporsjonalt.¹⁰⁷ Dette viser til en lav prøvingseffektivitet, som vil si at det skal mye til for at utviklingen av samhandelen er påvirket i et omfang som strider mot Fellesskapets interesser.

Selv om EF-domstolen enda ikke har avgjort det nærmere innholdet av dette vilkåret, har flere generaladvokater allerede tatt stilling til temaet. Deres synspunkt er at virkninger på utviklingen av den indre samhandelen, som følge av meningen med EF art. 86(2), gir krav om bevis for at det aktuelle tiltaket faktisk har hatt en *betydelig* virkning på samhandelen og at traktatens forfattere med denne bestemmelsen har ønsket å avverge anvendelsen av bestemmelsen på foretak som faktisk får restriktive virkninger i en slik utstrekning at det i praksis *ikke eksisterer samhandel* innenfor Fellesskapet på det gjeldende området.¹⁰⁸ Denne forståelsen støttes også av bestemmelsens ordlyd, jf. ”utviklingen” og ”påvirkes”.

Dersom det foreligger et krav om at det i praksis ikke skal eksistere samhandel innenfor Fellesskapet på det aktuelle området, er dette et svært strengt krav. Dette taler for at

¹⁰⁶ Jfr. premiss 113.

¹⁰⁷ Jf. E-4/97 *Husbanken II* premiss 62 og E-9/04 *Islands husbank* premiss 80.

¹⁰⁸ Jf. Generaladvokat Rozes innstilling i sak 78/82, Generaladvokat Cosmas forente innstilling i saker C-157/94, C-158/94, C-159/94 og C-160/94, premiss 126 og Generaladvokat Legers innstilling i C-438/02, premiss 143.

vilkåret er en sikkerhetsventil for tiltak som har betydelig virkning på samhandelen og som kan få alvorlige konsekvenser for Fellesskapets interesser.

I C-159/94 uttalte EF-domstolen at det ikke forelå tilstrekkelig bevis for at samhandelen hadde utviklet seg og fortsatt utviklet seg i et slikt omfang at det stred mot EF art. 86(2).¹⁰⁹ Både generaladvokatene og EF-domstolen ser således ut til å fastsette et beviskrav for at det faktisk har vært en slik betydelig påvirkning på utviklingen av samhandelen og at det fortsatt vil utvikle seg i et slikt omfang. Dette er også et moment for at dette vilkåret er en sikkerhetsventil og at det skal mye til for at utviklingen av samhandelen er påvirket i et slikt omfang at det strider mot Fellesskapets interesser.

Det eksisterer for øvrig en viss uenighet om dette vilkåret er et særskilt utslag av proporsjonalitetsprinsippet eller et eget vilkår utenfor proporsjonalitetsvurderingen. Generaladvokat Jacobs innstilling i forente saker C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01 gir en snever forståelse av proporsjonalitetsprinsippet. Jacobs legger til grunn at forholdsmessighet i snever forstand i det hele tatt ikke er en del av proporsjonalitetsprinsippet. Spørsmålet om utviklingen av samhandelen blir dermed ikke en vurdering av forholdsmessighet i snever forstand. Generaladvokaten uttalte at det i denne saken ikke var grunn til å tro at fastsettelsen av faste beløp på legemidler påvirket utviklingen av samhandelen i et slikt omfang at det stred mot Fellesskapets interesser. Det forelå ingen opplysninger som viste ”en heraf følgende væsentlig påvirkning av strømmen af medicinalvarer ... eller nogen anden påvirkning af udviklingen af samhandelen”.¹¹⁰ Selv om dette således ikke er en vurdering av forholdsmessigheten i snever forstand, men anses som et eget vilkår, er realiteten i vilkåret den samme som i en forholdsmessighetsvurdering i snever forstand. Bare tiltak som fører til en vesentlig påvirkning på utviklingen og hvor det faktisk kan bevises at det har vært en slik påvirkning, anses i strid med bestemmelsen.

¹⁰⁹ Jf. premiss 112.

¹¹⁰ Jf. premiss 11.

Det kan således konkluderes med at vilkåret er en sikkerhetsventil hvor det foretas en vurdering om tiltaket i det aktuelle tilfellet vil føre til så alvorlige konsekvenser for utviklingen at det ikke kan anses legitimt etter EØS art. 59(2) og EF art. 86(2).

For den nærmere redegjørelsen av forholdsmessighetsvurderingen i snever forstand og forholdet mellom proporsjonalitetsprinsippet og medlemsstatens skjønnsmargin viser jeg til fremstillingen ovenfor.

7 Utvikling og avsluttende bemerkninger

EU er i utvikling og det er mye som tyder på at en utvidelse på mange punkter vil komme i årene fremover. En utvidelse av EU vil skape behov for flere reguleringer og mer makt til Fellesskapet, noe som vil gå på bekostning av statenes suverenitet.

Behovet for flere reguleringer begrunnes i at nye medlemsstater betyr flere rettstradisjoner, forskjellige kulturer og historie. Problemet er således formålet om en ensartet fortolkning av fellesskapsretten. Vagt utformet fellesskapsforpliktelser kan skape tolkningsproblemer på områder hvor domstolene ikke tilfredsstillende tydelig har tolket EF-retten eller hvor problemstillinger ikke har vært oppe for domstolene. Da vil medlemsstatene selv tolke EF-retten. Selv om EF-retten skal tolkes i samsvar med domstolenes praksis og i EF-rettslig metodeperspektiv vil medlemsstatenes forskjellige rettstradisjoner sette sitt preg på tolkningen. Dette kan skape ulike anvendelser av reglene i de forskjellige medlemsstater og er en lite ønskelig situasjon.

EØS art. 59/ EF art. 86(2) er en vag bestemmelse og det samme er domstolenes anvendelse og tolkning av den. Selv om EF-domstolen i *Altmark* klarla noen holdepunkter fastsatte denne saken først og fremst momenter for hvorvidt det foreligger kompensasjonen eller statsstøtte. Det er fortsatt mange uklarheter i forhold til begrepet ”tjenester av allmenn økonomisk betydning”, medlemsstatens skjønn i forhold til Fellesskapets interesser, begrepet ”manifest error”, samt hvilke vurderingsmomenter de ulike vilkårene viser til.

Det kan i dette henseende diskuteres om det er behov for en rammeavtale for tjenester av allmenn økonomisk betydning. Kommisjonens grønnbok og hvitbok diskuterte hvorvidt det var et slikt behov. En slik rammeavtalen vil inneholde en definisjon av felles prinsipper og formål, mens den nærmere gjennomføringen fortsatt vil være opp til medlemsstatene. En rammeavtale vil altså ikke frata medlemsstatene *hele* skjønnsutøvelsen.

Fordelen med et felles rammeverk er at reglene tolkes i samsvar med dette rammeverket, og det vil da bli vesentlig mindre ulikheter ved de enkelte staters anvendelse av reglene.

Homogenitetshensynet taler for dette. Et annet hensyn som taler i denne retning er rettssikkerhetshensynet. Medlemsstatene og befolkningen skal kunne forutberegne sin rettsstilling. Dette er et sentralt hensyn i Fellesskapet. Det er ønskelig med klare regler for at enhver skal kunne vurdere hva som er lov og hva som ikke er lov.

Videre er det et behov for at grunnleggende tjenester av allmenn betydning må sikres.

Hovedmålet med EUs utviklingspolitikk er reduksjonen av fattigdom i u-landene.¹¹¹ Det er en vesentlig forutsetning for å oppnå dette formålet at det sikres adgang til et minimum av tjenester av allmenn betydning. Noen av EUs nye medlemsstater har ikke de samme økonomiske forutsetninger som de "opprinnelige" medlemsstatene. Dette gjør ansvaret for å sikre visse tjenesters tilgjengelighet, rimelighet og kvalitet vanskelig å oppfylle. Det er heller ikke klart hvilke tjenester av allmenn betydning medlemsstatene har et ansvar å tilby.

Flere reguleringer vil gi mer makt til Fellesskapet. Dette vil igjen gå på bekostning av medlemsstatens suverenitet. Grunnlovstraktatens fall kan tyde på at medlemsstatene vil ønske å ha mer å si i beslutningsprosesser og at de på visse områder ikke er tilbøyelig til å gi fra seg særlig mer av sin suverenitet til Fellesskapet.

Det fulgte videre av diskusjonen etter grønnboken at medlemsstatene ikke ønsket en slik rammeavtale for tjenester av allmenn økonomisk betydning. Suverenitetsprinsippet og nærhetsprinsippet begrunner at medlemsstatene ønsker en vid skjønnsmargin til å definere tjenester av allmenn økonomisk betydning.

¹¹¹ Jf. grønnboken punkt 5.2 (avsnitt 104).

Et alternativ til en rammeavtale som fastsetter felles formål og prinsipper kan være en rammeavtale som fastsetter felles elementer ved tjenester av allmenn økonomisk interesse. Diskusjonen på bakgrunn av grønnboken viste at det var en felles enighet om spesielle karakteristikk ved tjenester av allmenn økonomisk betydning. Domstolene, Kommisjonen, ESA og medlemsstatene er således enige om visse spesielle elementer som en tjeneste av allmenn økonomisk betydning må inneholde.¹¹² Dermed vil medlemsstatene, uansett rammeavtale eller ikke, være nødt til å ta hensyn til disse elementene i sin skjønnsutøvelse ettersom de er gjeldende rett på bakgrunn av fast praksis. En rammeavtale som eksplisitt fastsatte disse elementene ville føre til en større rettssikkerhet og en forenkling av domstolenes anvendelse.

En siste løsning er en mer sektorspesifikk tilnærming. Sektorregulering vil føre til en mer detaljert regulering enn en rammeavtale og vil således begrense medlemsstatenes skjønn mer enn en rammeavtale på det aktuelle området. Sektorregulering vil imidlertid bare bli gitt på visse særlige områder. Nærhetsprinsippet begrunner at det bare bør bli gitt sektorregulering på områder som har en klar europarettlig dimensjon og hvor det er behov for å definere et europeisk konsept av allmenn interesse.¹¹³ Slik vil medlemsstatene fortsatt ha et vidt skjønn på mange områder. På områder uten sektorregulering vil det fortsatt være behov for klargjøring.

Grensen mellom medlemsstatenes skjønn og Fellesskapets interesser er et omstridt og aktuelt tema og det vil alltid være motsetninger mellom medlemsstatens ønske om å beholde sin suverenitet og Fellesskapets interesse i å regulere flere områder. Presidenten av den europeiske Kommisjonen, Jose Manuell Barroso, diskuterte i Strasborg 26.09.2006 et eventuelt rammeverk for tjenester av allmenn betydning. Barroso mente at et eventuelt rammeverk måtte bygge på fire prinsipper: Nærhetsprinsippet, kompatibilitet mellom tjenester av allmenn betydning og det indre marked, de særlige karakteristikk ved tjenester av allmenn interesse; kvalitet pris, tilgjengelighet, forbrukerhensyn og sosial

¹¹² Se ovenfor punkt 4.2

¹¹³ Jf. hvitboken punkt 3.

sammenheng og til slutt behovet for rettsikkerhet.¹¹⁴ Dette illustrerer hvor sentral grensen mellom medlemsstatens skjønnsmargin og Fellesskapets interesser er i forhold til tjenester av allmenn økonomisk betydning.

Avslutningsvis må det påpekes at EØS art. 59(2) og EF art. 86(2) er en svært komplisert bestemmelse. Dette gjør behovet for klargjøring enda sterkere. Bestemmelsen må klargjøres. Etter min mening er den beste løsning en rammeavtale som fastsetter felles elementer ved tjenester av allmenn økonomisk betydning, samt hvilke tjenester medlemsstatene har et ansvar å sikre. Slik vil medlemsstatene fortsatt ha et skjønn til å definere tjenester av allmenn økonomisk betydning, samtidig som rettsikkerheten blir sikret. Noe lenger i fastsettelsen av en rammeavtale bør EU ikke gå hvis det i realiteten skal være noe igjen av medlemsstatenes skjønn.

8 Oppsummering

Denne fremstillingen har vist hvilke elementer som er av betydning for hvorvidt en tjeneste er av allmenn økonomisk betydning og at det er en felles forståelse mht disse elementene. Det er videre gitt en drøftelse av medlemsstatens skjønn og hva skjønnnet nærmere bestemt referer seg til. Fremstillingen har vist at medlemsstatens skjønn begrenses av fellesskapets interesser og at forholdet mellom medlemsstatens skjønn og Fellesskapets interesser er problematisk. Særlig forholdet mellom vurderingen av medlemsstatens skjønn og proporsjonalitetsprinsippet er et problem som det er behov for at må klargjøres. Det er satt søkelys på at denne bestemmelsen er svært vag og utydelig og at forutberegnelighetshensynet taler for en klargjøring av bestemmelsens innhold.

¹¹⁴ Bulletin Quotidien Europe No: 9273, 27. September 2006.

9 Kilder

Bøker

Craig, Paul and Grainne De Burca	<i>EU LAW</i> , second edition Storbritannia, 1998
Molde, Jørgen m.fl	<i>EU-KARNOV 2003</i> , bind 1, 8. Utgave, København, 2003
Sejersted, Fredrik m.fl.	<i>EØS-RETT</i> , 2. utgave Oslo, 2005
Tranøy, Bent og Øyvind Østerud	<i>Mot et globalisert Norge? Rettslige bindinger, økonomiske føringer og politisk handlingsrom</i> 1. utgave 3. opplag, Oslo, 2002.
Wish, Richard	<i>Competition Law</i> , fifth edition Storbritannia, 2003

Forarbeider og andre stortingsdokumenter

St.prp. nr. 64 (1989-90)	Tiltakssone i Finnmark og Nord-Troms
St.mld. nr. 32 (1989-90)	Framtid i Nord – Levekår og framtidsutsikter i Nord-Troms og Finnmark.
St.mld. nr. 8 (2003-2004)	Rikt mangfold. Om tiltakssonen i Finnmark og Nord-Troms.

Internasjonale konvensjoner m.v

EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjon, av 4. november 1950. Trådt i kraft 3. september 1953.
EF-traktaten	Traktat om opprettelse av Det europeiske Felleskap, av 25. mars 1957.
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen), av 2. mai 1992.

ODA-avtalen	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA), av 2. mai 1992.
Amsterdamtraktaten	Amsterdam-traktaten om ændring af traktaten om Den Europeiske Union, traktaterne om opprettelse af De Europeiske Fællesskaper og visse tilknyttede akter, av 2. Oktober 1997.
ECFR	Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, av 7. Desember 2000.
EF-direktiver	
1988	Europaparlamentets og Rådets direktiv 88/301/EØF af 16. maj om konkurrence på teleterminalmarkederne
1989	Rådets direktiv 89/552/EØF av 3. oktober 1989 om utøvelse av TV- og radiovirksomhet (fjernsynsdirektivet).
1997	Europaparlamentets og Rådets direktiv 97/36/EF av 30. juni 1997 om endring av Rådets direktiv 89/552/EØF om utøvelse av TV- og radiovirksomhet.
2000	Rådets direktiv 2000/60/EF av 20. oktober 2000 om fastleggelse av en ramme for Fællesskapets vannpolitikk (rammedirektivet for vann).
2002	Europaparlamentets og Rådets direktiv 2002/22/EF av 7. mars 2002 om universelle tjenester og forbrukerrettigheter relatert til elektronisk kommunikasjonsnettverk og tjenester.

2003 Europaparlamentets og Rådets direktiv 2003/54/EF om felles regler for det indre marked for elektrisitet og om opphevelse av direktiv 96/92/EF (elektrisitetsdirektiv II).

Europaparlamentets og Rådets direktiv 2003/55/EF av 26. juni 2003 om felles regler for det indre marked for naturgass og om endring av direktiv 98/30/EF (gassmarkedsdirektiv II).

Domsregister:

EF-domstolen

Sak 127/73	Belgische Radio en Televisie v SV SABAM and NV Fonior [1974] Saml. 0313
Sak 155/73	Guiseppe Sacchi [1974] Saml. 0409
Sak 120/78	Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein [1979] Saml. 0649
Sak 78/82	Commission v Italy [1983] Saml. 1955
Sak 66/86	Ahmeed Saheed Flugreisen and Silver Line Reisebüro GmbH v Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Werrbewerbs e.V. [1989] Saml. 0803
C-18/88	Régie des télégraphes et des telephones v GB-Inno-BM SA [1991] Saml. I-5889
C-202/88	France v Commission [1991] Saml. I-1223
C-179/90	Merci convenzionali porto di Genova SpA v Siderugica Gabrielli SpA [1991] Saml. I-5889
C-320/91	Corbeau [1993] Saml. I-2533
C-275/92	Her Majesty's Customs and Excise v Gerhart Schindler and Jörg Schindler [1994] Saml. I-1039
C-393/92	Municipality of Almelo and others v NV Energiebedrijf Ijsselmij [1994] Saml. I-1477

C-324/93	The Queen v Secretary of state for home departement, ex parte Evans Medical LTD and Macfarlan Smith LTD [1995] Saml. I-0563
C-157/94	Commission v Netherlands [1997] Saml. I-5699
C-158/94	Commission v Italy [1997] Saml. I-5789
C-159/94	Commission v France [1997] Saml. I-5815
C-242/95	GT-Link A/S v De Danske Statsbaner (DSB) [1997] Saml. I-4449
C-398/95	SETTG v Ypourgos Ergasias [1997] Saml. I-3091
C-67/96	Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie [1999] Saml. I-5751
C-187/96	Commission v Hellenic Republic [1998] Saml. I-1095
C-266/96	Corsica Ferries France SA v Gruppo Antichi Ormegiattori del porto de Genova Coop arl.[1998] Saml. I-3949
Forente saker	
C-147/48 og 148/98	Deutsche Post AG v Gesellschaft für Zahlunssysteme mbh GZS and Citicorp Kartenservice GmbH [2000] Saml. I-0825
Forente saker	
C-180/98 - 184/98	Pavel Pavlov and Others v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten [2000] Saml. I-6451
C-209/98	Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) v Københavns kommune [2000] Saml. I-3743
C-379/98	PreussenElektra AG v Schhleswag AG [2001] Saml. I-2099
C-340/99	TNT Traco SpA v Poste Italiane Spa m.fl. [2001] Saml. I-4109
C-475/99	Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz [2001] Saml. I-8089
C-53/00	Ferring SA v Agence centrale des organismes de sécurité socialé (ACOSS) [2001] Saml. I-9067

C-172/00	Ferring Arzneimittel GmbH v Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH [2002] Saml. I-6891
C-280/00	Altmark Trans GmbH v Commisison [2003] Saml. I-9067
Forente saker C-264/01, 306/01, 354/01 og 355/01	AOK Bundesverband and Others v Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. and Others [2004] Saml. I-2493
C-438/02	Åklagaren v Hanner [2005] Saml. I-4551

Førsteinstansretten

T-106/95	FFSA and Others v Commission [1997] Saml. I-0229
----------	--

EFTA-domstolen

E-4/97	Norwegian Bankers' Association v EFTA Surveillance Authority (Husbanken II) [1999] ECR 1
E-9/04	Bankers' and Security Dealers' Association of Iceland v EFTA Surveillance Authority (Islands husbank), (ikke i ECR)

Vedtak m.v av Kommissjonen

COM(2000) 580 final	Meddelelse fra Kommissjonen om "Services of General Interest in Europe", OJ 2000 C17 p.4
COM(2003) 270 final	Kommissjonens "Green Paper on Services of General Interest", OJ 2004 C80 p.66
COM(2004) 374 final	Kommissjonens "White paper on services of general interest", OJ 2005 C221 p.17.
Rapport fra Kommissjonen og Rådet om tjenester av allmenn økonomisk betydning i banksektoren, av 17. juni 1998.	
Bulletin Quotidien Europe No: 9273, 27. september 2006.	

Vedtak m.v av ESA

Vedtak nr. 213/04/COL Decision of the EFTA Surveillanse authority of 11 August 2004, Icelandic Housing Financing Fund.

Saksdokumenter

”Statement of defence” of the EFTA Surveillance Authority, i sak E-9/04, Brussels, 20 january 2005.

”Application” of the Bankers’ and Securities Dealers’ Association of Iceland, i sak E-9/04, Brussels, 30 May 2006.

